Fortbestehen erloschener Vollmachten.

*

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Manfred Gonnermann
Gerichtsreferendar
aus Kassel.

Marburg 1931.

Druck von Ludwig Funks Buchdruckerei in Hersfeld.

Berichterstatter: Professor Dr. Dr. *Erich Jung.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 5. Juni 1931.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Wesen und Grund der Vertretungsmacht 1

II. Problemstellung 11

III. Die gesetzlichen Tatbestände, die das Problem unmittelbar enthalten: §§ 169—173 B. G. B. und ihre Auslegung . 13

IV. Die gesetzlichen Tatbestände, die das Problem nur mittelbar enthalten: §§ 370, 701 II B. G. B., 56, 54, 84, 527, 483 H. G. B. und ihre Auslegung – letztere zugleich als Mittel zur Erkenntnis, daß die Bestimmungen zu III und IV einer Ausdehnung bezw. Verallgemeinerung bedürfen . . . 37

V. Praktische Beispiele für Ausdehnung und Verallgemeinerung der vorangegangenen Tatbestände und des in ihnen enthaltenen Prinzips 52

VI. Gesamtergebnisse: für Fortbestehen ⟨bezw. Entstehen⟩ einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ist erforderlich: 57

a⟩ in der Person des Vertretenen:

1. für Vorliegen einer Bevollmächtigungserklärung schlüssiges Verhalten des Vertretenen bei mangelndem Bewußtsein des Erklärungsinhalts und Fehlen des entsprechenden Erfolgswillens, bestehend

α⟩ in einem Tun,

β⟩ in einem Nicht – Tun ⟨Dulden⟩

1⟩ in bewußtem Nicht – Tun,

2⟩ in unbewußtem Nicht – Tun,

2. verschuldete Unkenntnis über den Erklärungsinhalt,

b⟩ in der Person des Vertreters,

c⟩ in der Person des Dritten ⟨Erfordernis der Gutgläubigkeit⟩.

VII. Würdigung des Verhaltens nach rechtssystematischen Grundsätzen 64

a⟩ Ablehnung der Theorie der Scheinvollmacht,

b⟩ Es liegt eine erklärungstheoretische Art der Willenserklärung vor, sie stützt nach dem Erlöschen des freiwillig erklärten Bevollmächtigungswillens des Vertretenen die Vertretungsmacht und läßt sie fortbestehen.

Schrifttum.

I. Lehrbücher, Kommentare etc.

1. *Behrend:* Lehrbuch des Handelsrechts, 1886.
2. *Biermann:* Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht in der Gießener Festgabe für Dernburg, Berlin 1900.
3. *Biermann:* Zur Lehre von der Stellvertretung und Vollmacht, Berlin 1900.
4. *Binder:* Besprechung von Schloßmann: „Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen" in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 46, S. 347 ff.
5. *Brose:* Grundsätzliches zur Willenserklärung in: Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 130 ⟨10⟩ S. 188 ff.
6. *Blume:* Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrecht, Iherings Jahrb. 48, S. 417 ff.
7. *Cosack:* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 7. Aufl., Jena 1922.
8. *Crome:* System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen 1900.
9. *Danz:* Zur Willens- und Erklärungstheorie des B. G. B., Deutsche Juristenzeit. 1906, Sp. 1277 ff.
10. *Düringer-Hachenburg:* Das H. G. B., 3. Aufl., Bd. I, Mannheim 1930.
11. *Eck:* Vorträge über das Recht des B. G. B., 1. und 2. Aufl., Berlin 1903.
12. *Ehrenberg:* Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd VII, Abt. II, Leipzig 1923.
13. *Endemann:* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl., Berlin 1903.
14. *Enneccerus:* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 25. – 29. Aufl., Bd. I 1, Marburg 1926.
15. *Enneccerus:* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 23. – 27. Aufl., Bd. I 2, Marburg 1927.
16. *Fischer:* Sein und Schein im Rechtsleben, Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, 1909, S. 1437 ff. ⟨Bd. III⟩.
17. *Fischer:* Recht und Rechtsschutz, Berlin 1889.

18. *Fischer, Otto:* Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts, Berlin 1918.
19. *Fischer-Henle:* Bürgerl. Gesetzbuch, 11. Aufl., München 1921.
20. *Flatau:* Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? Gruchot Bd. 52, S. 753 ff.
21. *Gareis:* Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909.
22. *v. Gierke, Julius:* Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 3. Aufl., Berlin 1929.
23. *Goldberger:* Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach dem B. G. B., Diss. Heidelberg 1908.
24. *Goldmann:* Das Handelsgesetzbuch, Bd. I, Berlin 1901.
25. *Hellwig:* Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1903.
26. *Hellwig:* Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1907.
27. *Hellwig:* Besprechung von Hupka: Die Vollmacht, in Z. f. Z. Pr., Bd. 29, S. 250 ff.
28. *Heymann:* Wechselzeichnung der Sparkassen, in: die deutsche Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. IV, Berlin 1929.
29. *Hölder:* Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900.
30. *Hupka*: Die Vollmacht. Leipzig 1900.
31. *Isay*: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900.
32. *Josef*: Zwei Zweilfelsfragen aus dem Urkundenrechte, in Gruchots Beiträgen zur Erl. des Deutschen Rechts, Bd. 50, S. 624 ff ⟨1906⟩.
33. *Jung*: Anweisung und Vollmacht, in Iherings Jahrb. 69, S. 82 ff.
34. *Jung*: Bürgerliches Recht, i. d. systematischen Darstellung des „Gesamten Deutschen Rechts", herausgegeb. von Rudolf Stammler, Berlin 1931.
35. *Kipp zu Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
36. *Kipp*: Besprechung von Hupka: Die Vollmacht, i. Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 57, S. 214 ff.
37. *Kohler*. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1906.
38. *Kohler*: Bürgerliches Recht in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft ⟨Holtzendorff⟩, 6. Aufl., Bd. I, Leipzig 1904.
39. *Kuhlenbeck*: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Berlin 1899.
40. *Laband*: Goldschmidts Zeitschrift X, S. 208 ff.
41. *Landsberg*: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Erste Hälfte, Berlin 1904.
42. *Lehmann*: Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1912.
43. *Lehmann-Ring*: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1902.

44. *Lenel*: Stellvertretung und Vollmacht, i. Iherings Jahrb., Bd. 36, S. 1 ff.
45. *Lenel*: Praktikum des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., Leipzig 1926.
46. *Leonhard, Fr.*: Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Aufl., Berlin 1926.
47. *Leonhard, R.*: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.
48. *Makower*: Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Bd. I, 13. Aufl., Berlin 1906.
49. *Manigk*: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.
50. *Manigk*: Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
51. *Manigk*: Irrtum und Auslegung, Berlin 1918.
52. *Meyer, Herbert*: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, München 1909.
53. *Meyer, Herbert*: Vom Rechtsschein des Todes, Leipzig 1912.
54. *Motive* zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888.
55. *Müller-Erzbach*: Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1928.
56. *Naendrup*: Rechtsscheinsforschungen, Heft 1: Begriff des Rechtsscheins, Münster 1910.
57. *Oertmann*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. ⟨Bd. I⟩, Berlin 1927.
58. *Oertmann*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. ⟨Bd. II, erste Abt.⟩, Berlin 1928.
59. *Oertmann*: Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 95, S. 443 ff ⟨1930⟩.
60. *Planck*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. Bd. I, Berlin 1913
61. *Protokolle* der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1899.
62. *Regelsberger*: Gesetz und Rechtsanwendung, i./Iherings Jahrb. Bd. 58, S. 146 ff.
63. *Rehbein*: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Berlin 1899.
64. *Reichsgerichtsräte*-Kommentar ⟨das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts⟩, 6. Aufl., Bd. I, Berlin 1928.
65. *Rosenberg*: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1928.
66. *Rümelin*: Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 93, S. 131 ff.
67. *Schaps*: Das Deutsche Seerecht ⟨Kommentar zum 4. Buche des H. G. B.⟩ Berlin 1906.
68. *Schloßmann*: Die Lehre von der Stellvertretung. 1. Teil: Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig 1900. 2. Teil: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung, Leipzig 1902.

69. *v. Seefer*: Vollmacht und Scheinvollmacht, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28, S. 1 ff.
70. *Staub-Koenige*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 12./13. Aufl., Bd. I, Berlin 1926.
71. *Staudinger*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Bd. I, München 1925.
72. *Stein-Jonas*: Die Zivilprozeßordnung, 14. Aufl., Bd. I, Tübingen 1928.
73. *Tuchelt*: Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1876.
74. *v. Tuhr*: Der allgemeine Teil des deutschon B. G. B. Bd. II 2, München 1918.
75. *Wagner*: Handbuch des Seerechts, 2. Aufl., Leipzig 1906.
76. *Warneyer*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Aufl., Bd. I, Tübingen 1930.
77. *Wellspacher*: Vertrauen auf äußere Tatbestände, Wien 1906.
78. *Zitelmann*: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgem. Teil, Leipzig 1900.
79. *Zitelmann*: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, zweiter Teil, Berlin 1889/1890.

II. Entscheidungssammlungen und Materialien.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, bei Walter de Gruyter.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, hrsg. v. Mugdan und Falkmann.
Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

I. Wesen und Grund der Vertretungsmacht.

„Stellvertreter" im Sinne unserer Rechtsordnung ist, wer unter Ausschluß des eigenen Rechtskreises durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln auf den Rechtskreis eines andern einzuwirken vermag. [1] Nach dem Gesetz tritt diese Wirkung rechtsgeschäftlichen Handelns dann ein, wenn der Handelnde mit und im Rahmen seiner „Vertretungsmacht" gehandelt hat. Was das Gesetz unter diesem Begriff „Vertretungsmacht" versteht, sagt es nicht. Es redet von einer „Macht". Erblickt man das Wesen des subjektiven Rechts in einer dem Berechtigten verliehenen Macht, wie es die sogenannte „Machttheorie" im Gebiete des subjektiven Rechts tut, so könnte man die Vertretungsmacht als subjektives Recht bezeichnen. Von den Anhängern dieser Theorie aber geht — immerhin folgerichtigerweise — soweit nur Enneccerus. [2] Er gewinnt seine Ansicht in nicht ganz verständlicher Weise aus der Feststellung, daß die Ausübung des Rechts unter Umständen einer anderen Person als dem Rechtsträger zustehen könnte. Er sagt, es könne vorkommen, daß der Destinatär zwar auch der Berechtigte sei, daß aber die Ausübung der Rechtsmacht in engeren oder weiteren Grenzen einem anderen übertragen sei, und zwar u. a. so, daß dieser andere sie in fremdem Namen, also als Vertreter, ausübe. Warum Enneccerus zur Begründung seiner Ansicht gerade auf eine Scheidung zwischen dem aus einem Recht Berechtigten, dem Rechtsträger, und dem Ausübenden der in diesem Recht verkörperten Rechtsmacht verweist, vermag man nicht einzusehen, wenn man bedenkt, daß der Schriftsteller unter einem subjektiven Recht: die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche „Macht" versteht. Wie oben dargelegt, ist Vertretungsmacht „Macht über fremden Rechtskreis." Die Vertretungsmacht könnte also schon aus sich heraus den Charakter eines subjektiven Rechts genügend beweisen, und der Weg, den Enneccerus wählt, kann nur Unklarheiten zurücklassen und tut es auch, weil E. für ihn keine weitere Begründung gibt. Die Trennung zwischen Berechtigten ⟨Rechtsträger⟩ und Ausübenden weist darauf hin, daß Berechtigtsein und Ausübenkönnen in dem Wesen des subjektiven Rechts enthalten sein müssen. Das hat auch E. anerkannt, wenn er sagt, die

[1] Annähernd Jung: ⟨Ih. J.⟩ S. 90 91 ⟨Ges. R.⟩ S. 656.
[2] I § 68 I 2b und Anm. 4 daselbst.

Ausübung der in dem Recht enthaltenen Rechtsmacht könne einem anderen übertragen sein. Er hat aber dabei übersehen, daß aus dieser Uebertragung, wenn auch für den Empfänger ein subjektives Recht entstehen soll, zugleich ein Ausüben k ö n n e n entstehen muß. Ich möchte sagen: er muß infolge der Uebertragung zur Ausübung auch „berechtigt" sein, es dürfen sich also an die Ausübung keine Schadensersatzfolgen knüpfen. Man nehme den Fall, es schließt jemand, ohne Vertretungsmacht zu besitzen und wissend, daß er keine Vertretungsmacht hat, im Namen eines anderen Rechtsgeschäfte ab und verpflichtet nach dem noch unten zu besprechenden Grundsatz des Schutzes gutgläubiger Dritter (im Vertrauen auf eine stillschweigende Bevollmächtigung) denjenigen, für den er handelt. Hier hat der als Vertreter Auftretende, ohne dazu berechtigt zu sein, den Vertretenen verpflichtet, hat also Vertretungsmacht besessen. Daß man den Vertretenen, falls ihn an seinem Verpflichtetwerden keine Schuld trifft, gegenüber dem Vertreter nicht ohne Schutz lassen darf, wird unschwer zu erkennen sein; denn dann wäre niemand mehr vor solchen Schäden sicher, es würde also eine erhebliche Rechtsunsicherheit eintreten. Man wird in den meisten derartigen Fällen dem Vertretenen einen Anspruch auf Schadenersatz aus einem Vertragsverhältnis (Dienstvertrag, Auftrag), aus Geschäftsführung ohne Auftrag, oder wegen unerlaubter Handlung gemäß § 823, 826 B. G. B. geben können. Bei Subsummierung obigen Sachverhalt unter den Tatbestand der §§ 823, 826 B. G. B. müßte man dann die Widerrechtlichkeit der Vertreterhandlungen bejahen. Wie sollte man dazu kommen, wenn man sagen müßte, der Vertreter hat „berechtigterweise" d. h. mit subjektiven Recht gehandelt Es läge darin ein Widerspruch, der nur dadurch beseitigt werden kann, daß man die Vertretungsmacht nicht als subjektives Recht ansieht. Man wird unserem Beispiel wiederum entgegenhalten, unter Umständen könnte auch in anderen Fällen, d. h. in Fällen, wo das Gesetz keinen besonderen Schadenersatzanspruch aufstellt, an die Ausübung eines Rechts ein solcher geknüpft werden, wobei aber hervorgehoben werden soll, daß es sich hier nicht um die Fälle handeln kann, wo sich an die s c h u l d h a f t f a l s c h e Ausübung eines Rechts Schadenersatzansprüche knüpfen, denn diese Fälle sind hier und infolge ihrer gesetzlichen Regelung weiter nicht bestritten. Man denke z. B. daran, daß nach Ansicht mancher die Geltendmachung der Verjährungseinrede einen Schadenersatzanspruch aus § 826 B G. B. begründet. Uns erscheint diese Ansicht aber ebenso widerspruchsvoll wie diejenige von Enneccerus. Wir können uns nicht denken, daß der Gesetzgeber dort, wo er eine Einrede gewährt hat, an deren Geltendmachung Schadensersatzansprüche geknüpft wissen will, denn dann wüßte man nicht mehr, warum überhaupt die Einrede gewährt worden ist. Es würde deren Zweck vereitelt werden. Anders wäre es, wenn die Geltendmachung aus Schikane geschieht, aber auch dann wäre nicht ein Schadensersatz-

anspruch die Folge, sondern die Unmöglichkeit der Geltendmachung überhaupt. ‹§ 226 B. G. B.›. Ebenso wie in diesem Fall wird es aber auch in allen anderen Fällen sein, die man uns entgegenhalten möchte. Wir erkennen also, daß dort, wo das subjektive Recht lebendig ist, ein Schadensersatzanspruch außer bei bestimmten Ausnahmefällen an dessen Ausübung nicht geknüpft werden kann, und daß andererseits, wo an die bloße Ausübung einer vom Gesetz anerkannten Macht ein Schadensersatzanspruch geknüpft werden kann, ein subjektives Recht nicht lebendig ist. Man wird auch nicht die Verfügungsmacht des Besitzers einer fremden Sache über diese Sache, des Bucheigentümers über das eingetragene Grundstück, des früheren Gläubigers über die abgetretene Forderung als subjektives Recht ansehen. ‹§§ 932, 892, 407 B. G. B.›. Es handelt sich in allen diesen Fällen nur um ein reines „Können" auf Grund guten Glaubens einer dritten Person. Eine Stütze für diese Ansicht findet sich in den Motiven [1]›, wo in demselben Sinn wie hier ausgeführt ist: Der Vollmachtsempfänger kommt a u c h durch die Vollmacht nur in die Rechtslage eines zum rechtlichen Handeln in fremden Interesse Ermächtigten, nicht in diejenige eines Berechtigten. Was aber für die auf Bevollmächtigung beruhende Vertretungsmacht gilt, muß für jede Vertretungsmacht gelten, mag sie auf rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Grundlage beruhen. Zur Unterstützung seiner Ansicht kann Enneccerus auch nicht verwenden, daß der Zweck des Rechts die Befriedigung menschlicher Interessen und nicht ausschließlich der Interessen des Berechtigten sei. Diesem Zweck dient jegliches menschliches Sein und Handeln, kann also als Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem, was kein subjektives Recht bedeutet, nicht verwandt werden. Aus allem erkennt man, daß dort, wo die Rechtsordnung eine Macht verliehen hat, und diese Macht der Befriedigung menschlicher Interessen dient, nicht unbedingt ein subjektives Recht vorzuliegen braucht [2]›. Leonhard sagt mit Recht, man könne das subjektive Recht nicht aus sich selbst definieren. Es ist ein Ausfluß des objektiven Rechts und man muß es dort bejahen, wo es nach der gesamten Rechtsordnung als solches erscheint. Das aber mußte für die Vertretungsmacht aus obigen Gründen versagt werden.

Beachtlich ist die Begründung von Oertmann gegen die Machttheorie [3]›, der ausführt, man müsse dann, wenn man die Vertretungsmacht als ein Recht des rechtlichen Könnens bezeichnet, auch die Möglichkeit, in eigenen — nicht nur in fremden, wie bei der Stellvertretung — Angelegenheiten Rechtswirkungen durch geschäftliches Handeln hervorzurufen, als ein solches Recht bezeichnen, da sie der

[1]› S. 233.

[2]› In diesem Sinne auch Fr. Leo. a. a. O. S. 13, der ausführt: Sein Recht gleich Macht, dann müßte berechtigt auch der Verfüger sein, also der Vater, der Stiftungsverwalter. Auch gäbe es Rechte ohne Subjekt.

[3]› Vorbem. z. 5. Titel unter 3 b.

Vertretungsmacht wesentlich gleichartig sei. Auch Lenel [1] rechnet unter die Gegner von Enneccerus, wenn er ausführt, die Vollmacht an sich setze den Prinzipal in keinerlei Rechtsverhältnis zu dem Vertreter. Dessen Vertretungsmacht sei bloß eine Reflexwirkung der dem Dritten abgegebenen Vollmachtserklärung [2].

Mit Oertmann [3] war bereits geschieden worden zwischen der Möglichkeit, in eigenen Angelegenheiten Rechtswirkungen durch geschäftliches Handeln hervorzurufen, und der Möglichkeit, dasselbe auch in fremden Angelegenheiten zu tun. Man kann statt „Möglichkeit" unbedenklich auch den Ausdruck „Fähigkeit" gebrauchen und hat damit im ersteren Fall die Definition für die Geschäftsfähigkeit" und im zweiten Fall die in der Literatur vertretene Definition für die „Vertretungsmacht". Aus der immerhin naheliegenden Verwandtschaft zwischen beiden rechtlichen Begriffen haben denn auch die Vertreter dieser Definition [4] den Grund dafür hergeleitet, daß sie die Vertretungsmacht als eine „erweiterte Geschäftsfähigkeit" bezeichnen. Sie hat den Nachteil, daß sie den juristisch festgelegten Begriff der Geschäftsfähigkeit abändert und so zerlegt, daß er unklar erscheinen muß. Man müßte in Zukunft die Geschäftsfähigkeit teilen in die Fähigkeit, in eigenen und in fremden Angelegenheiten Rechtswirkungen durch geschäftliches Handeln hervorzurufen. Das Gesetz erklärt zwar den Ausdruck „Geschäftsfähigkeit" nicht, sondern zählt nur auf, wer geschäftsunfähig bezw. beschränkt geschäftsfähig ist. Man erkennt aber, daß das Gesetz nur dort von Gesch. bezw. beschr. Gesch. redet, wo es sich um ein geschäftliches Handeln in eigenen Angelegenheiten handelt. Von erweiterter Geschäftsfähigkeit zu reden, hieße also, sich über den Rahmen des Gesetzes hinwegsetzen. Das ist indeß nur dort möglich, wo dieser Rahmen zu eng ist. Daß er es aber nicht ist, infolgedessen diese Erweiterung abgelehnt werden muß, wird sich aus der eigenen Begriffsbildung ergeben. Geradezu widersinnig ist es außerdem im Hinblick auf § 165 B. G. B., wenn die Anhänger dieser Begriffsauslegung zu sagen gezwungen sind, der Geschäftsunfähige erlange, sobald er die „beschränkte Geschäftsfähigkeit" erlangt habe, zugleich auch die „erweiterte Geschäftsfähigkeit". Richtiger müßten sie sagen, er erlangte „erweiterte beschränkte Geschäftsfähigkeit". Das wird indessen nicht getan. Wegen des offensichtlichen Widerspruchs in sich dürfte diese Begriffsbildung praktisch wie theoretisch unbrauchbar sein. Es kommt hinzu, daß die erweiterte Geschäftsfähigkeit der Einzelperson, abgesehen von den Fällen der Vertretungsmacht kraft Gesetzes, gar nicht auf Grund Gesetzes zustehen würde, sondern —

---

[1] a. a. O. S. 16.

[2] Gegen Enneccerus auch Manigk (Anw. Geb.) S. 93/94, 344 und anderen Stellen, ebenso Rosenberg a. a. O. S. 121 und die dort in Anm. 2 angegebene Literatur mit allerdings weniger oder gar keiner Begründung.

[3] a. a. O.

[4] Endemann, a. a. O. § 80 (1), v. Tuhr S. 165, Biermann S. 109.

und damit in den praktisch häufigsten Fällen – auf Grund einer Willenserklärung des Vertretenen. Das aber ist ebenfalls mit dem Gesetz unvereinbar, das eine von dem Willen einer Person abhängige Geschäftsfähigkeit nicht kennt. Unerklärlich ist es auf der anderen Seite, wenn v. Tuhr diese erweiterte Geschäftsfähigkeit nur für die Fälle der aktiven Vertretung annehmen will. Er sagt, bei der sogenannten passiven Vertretung (§ 164 Absatz 4 B. G. B.) läge keine Vertretungsmacht in oben genanntem Sinne (Fähigkeit zu rechtswirksamen Handeln) zugrunde. Denn der Empfang einer Willenserklärung sei keine Handlung des Empfängers, also auch nicht dessen, an den als Vertreter eines anderen die Erklärung abgegeben werde. Die passive Vertretungsmacht sei eine rechtliche, durch den Willen des Vertretenen oder sonstige Tatbestände begründete Eigenschaft des Geschäftsherrn, vermöge deren eine an den Vertreter abgegebene Erklärung Wirkungen in der Person des Vertretenen hervorriefe. Aus dem der Vertretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis entstände mindestens neben der aktiven Vertretungsmacht die Eigenschaft, Empfänger von Erklärungen zu sein, die für den Vertretenen wirkten. Er unterscheidet also zwischen der aktiven Vertretungsmacht als einer erweiterten Geschäftsfähigkeit und der passiven Vertretungsmacht als einer Eigenschaft. Eine solche Unterscheidung ist unmöglich, da die aktive Vertretungsmacht, wenn man sie als erw. Gesch. ansprechen könnte, ebenso eine Eigenschaft wie die passive wäre. Gesch. ist in jedem Fall eine Eigenschaft. Es wäre auch zwecklos, wenn man einen Begriff als das Wesen der Vertretungsmacht ausmachend bezeichnen wollte, wenn er noch nicht einmal die wenigstens ebenso häufigen Fälle der passiven Vertretungsmacht mit umfassen würde. Es hätte aber an dem Schriftsteller gelegen, auch die passive Vertretungsmacht unter seinen Begriff zu bringen. Wenn man schon einmal das Wesen der Vertretungsmacht in der Fähigkeit zu rechtswirksamen Handeln erblickt, wird man auch in der Entgegennahme von Erklärungen mit Wirkung für und gegen den Vertretenen diese Fähigkeit erblicken dürfen. Hierbei liegt das Handeln schon in der Entgegennahme selbst, in dem Bewußtsein, nicht zuletzt auch in der damit verbundenen geistigen Tätigkeit. Es sind eben keine ausdrücklichen, d. h. tätigen Handlungen, sondern stillschweigende Handlungen oder tätiges Verhalten – auf jeden Fall aber Handlungen im Rechtssinn. Somit ist die Begründung dieser Ansicht und nicht weniger auch diejenige der anderen Schriftsteller von allen Seiten angreifbar.

Das, was hier als die Fähigkeit, durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln den Rechtskreis eines anderen zu beeinflussen, bezeichnet wird, ist vielmehr nur die Wirkung dessen, was man als Vertretungsmacht zu bezeichnen pflegt. Richtig muß in folgender Weise formuliert werden: Es ist jemand auf Grund der ihm zustehenden Vertretungsmacht fähig, durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln den Rechtskreis eines anderen zu beeinflussen. Und wenn

man das Wesen der Vertretungsmacht restlos zu erfassen versucht, so erkennt man, daß auch diese Macht nur Wirkung ist, aus sich allein heraus demnach nicht definiert werden kann. Man wird das Wesen der Vertretungsmacht danach auf folgende Formel bringen müssen: sie ist die Wirkung eines vom Gesetz oder dem Willen des Vertretenen zu gunsten einer bestimmten Person geschaffenen Tatbestandes dahingehend, daß eigenes rechtsgeschäftliches Handeln dieser Person den Rechtskreis eines anderen zu beeinflussen vermag, wobei diese Wirkung zum Erfolge führt, sobald die begünstigte Person nach ihrem Belieben, aber in dem zugebilligten Rahmen, von ihr Gebrauch macht[1]). Zurückführend betrachtet, schafft das Gesetz oder der Wille des Vertretenen einen Tatbestand — eine Erklärung oder ein Amt (s. unten) —, dieser enthält die Vertretungsmacht und auf Grund deren ist jemand fähig zum rechtswirksamen Handeln für andere. Man erkennt daraus, daß die Vertretungsmacht eine objektive und eine subjektive Seite hat. Objektiv bedeutet sie die „Möglichkeit" zu Vertreterhandlungen und subjektiv das Gebrauchmachen-Können von dieser Möglichkeit. Beides greift ineinander über. Diese Begriffsbildung hat den Vorzug vor anderen, weil sie nicht das Wesen der Vertretungsmacht durch deren Tatbestandsmerkmal „Macht" zu erklären versucht. Den Inhalt eines Begriffs kann man unter Zuhilfenahme auch nur eines seiner Teile nicht wohl analytisch, d. h. wortezerlegend, oder nicht synthetisch, d. h. durch Hereinbringung eines weiteren Gesichtspunktes erklären. Das Gebrauchmachenkönnen von obiger Wirkung ist es, um was durch Verleihung von Vertretungsmacht der Rechtskreis einer Person erweitert wird. Es fragt sich, ob man dieses „Können" auch juristisch als „Macht" bezeichnen darf. Das erscheint zweifelhaft, da unsere Rechtsordnung den Begriff „Macht" nicht kennt, oder zum wenigsten ihn nirgends definiert. Ein rechtlicher Begriff, soviel steht fest, ist er nicht. Man kann ihn auch nicht unter andere rechtliche Begriffe unterordnen. Das ist es aber gerade, was uns zwingt, hier der Gesetzessprache begrifflichen Inhalt zu geben. Sein Inhalt steht nach obigem fest. Man muß von einer Macht eigener Art reden[2]).

Gegen die begriffliche Erfassung der Vertretungsmacht als einer „Macht" sprechen sich vor allem Schloßmann[3]), Binder[4]), ferner Rosenberg[5]) aus. Von ihnen soll nur letzterer einer kurzen

---

[1]) Immerhin annähernd: Staudinger § 164 Anm. 6, auch Binder a. a. O. S. 371.

[2]) Die begriffliche Erklärung der Vertretungsmacht als einer „Macht" wird von den meisten Schriftstellern anerkannt. S. Jung a. a. O. und die bei Rosenberg S. 117/18 Anm. 3 genannte zahlreiche Literatur, auch die Ausführungen bei Goldberger Anm. 10 (S. 4–6). Sämtlich indessen in der Begründung, soweit solche überhaupt gegeben ist, mehr oder weniger von obigem abweichend.

[3]) I, S. 229 ff.

[4]) a. a. O. S. 371.

[5]) S. 117 ff.

Kritik unterzogen werden. Er sagt, die Herbeiführung der unmittelbaren Wirkung – gemeint ist die Vertreterwirkung zwischen Vertretenem und Dritten – läge nicht in der Macht des Vertreters, den Eintritt der direkten Wirkung könne er nicht bewerkstelligen, sie sei die Folge der Willenserklärung des Geschäftsherrn, die vor oder nach Abschluß des Geschäfts ergehen könne. Er könne seine Tätigkeit nur im Namen des Vertretenen vornehmen und ihn auf diese Weise in unmittelbare Beziehung zu dem Dritten bringen. Das könne er aber, ob er Vollmacht – wobei Vollmacht mit Vertretungsmacht gleichzusetzen ist – habe oder nicht. Rosenberg leugnet also die subjektive Seite der Vertretungsmacht und nähert sich damit der früher gelegentlich vertretenen Meinung, daß der Vertreter nur „Durchgangsperson" sei, die auf die Vertreterwirkung keinen Einfluß habe. Soviel ist richtig, daß die Vertretungsmacht „sich erschöpft in dem Ausschluß der Eigenwirkungen und dem Eintritt der Fremdwirkungen der Vertreterhandlungen." [1] Man muß aber bedenken, daß es, sobald objektive Vertretungsmacht für den Vertreter – d. h. die Möglichkeit, von der Wirkung Gebrauch zu machen – gegeben ist, eben an ihm liegt, ob der Erfolg, nämlich Vertreterwirkung, eintreten soll. Insoweit ist er eben nicht „Durchgangsperson", sondern ein wichtiges Glied in der Reihe der an dem Eintritt der Vertreterwirkung beteiligten Subjekte. Rosenberg verwechselt hier Ursache und Wirkung. Ursache ist jedenfalls der Vertretene, sobald er aber die Ursache gesetzt hat, treten beide Wirkungen ein, die objektive, von ihm allein, die subjektive in ihrer weiteren Wirkung von dem Vertreter – und lediglich von ihm – abhängig. Für die Entscheidung der Frage aber, ob die Vertretungsmacht als solche Wirkung eine „Macht" sei, kommt es gar nicht darauf an, ob deren Ursache in einer anderen Person liegt als in der des Machtinhabers. Soweit der Vertreter in die Gestaltung der Dinge des Vetretenen mit eigenem Willen eingreifen kann, reicht eben diese Macht der Vertretung. Daß dieses auch entgegen Rosenberg [2] bei der passiven Stellvertretung zutreffend ist, wurde bereits oben in anderem Zusammenhang hervorgehoben. So interessant die Ausführungen über diese Frage bei Rosenberg sind, so wenig erscheinen auch sie systematisch klar und für die Beantwortung der Fragen brauchbar. Man denke nur, daß R. nach Ablehnung der subj. Seite der Vertretungsmacht zum Schlusse kommt ⟨S. 558⟩, das Wort „Vertretungsmacht" sei ein kurzer zusammenfassender und daher wertvoller Ausdruck für alle diese in Betracht kommenden Tatbestände. ⟨Gemeint sind die objektiven Tatbestände mit Vertreterwirkung⟩. Es scheint, als ob R. – vielleicht nur gefühlsmäßig – hier die subjektive Seite der Vertretungsmacht bejahen möchte. Er scheint erkannt zu haben, daß es auch

[1] Jung ⟨Ges. R.⟩ S. 665.

[2] S. 119 und die daselbst in Anm. 1 gegebene Literatur, ebenso v. Blume a. a. O. S. 429.

einen Träger dieser Macht und eine Beziehung des Trägers zu den Tatbeständen geben muß.

Man braucht also nach allem Vorangegangenen der Vertretungsmacht nicht jede Bedeutung abzusprechen, ihre rechtliche Konstruktion überhaupt als unmöglich zu bezeichnen — eine Ansicht, die vor allem von Rosenberg [1] und Schloßmann [2] vertreten wird. Deren Beurteilung im einzelnen würde indessen über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. [3] Sie würde sich aber, insbesondere bei Widerlegung von Schloßmann, mit der Frage zu befassen haben, ob die Vertretungsmacht von einem Grundverhältnis losgelöst oder abhängig sei, denn letzteres ist das ausdrücklich betonte oder zum wenigsten folgerichtige Ziel der gegnerischen Meinung. Das Losgelöstsein ‹Abstraktheit› der Vertretungsmacht und Vollmacht ist aber heute kaum mehr bestrittene allgemeine Meinung und ergibt sich so klar aus dem Ergebnis dieser Arbeit, daß von einer Erörterung dieser Frage, die auch zu weit führen würde, abgesehen werden kann.

Bei obiger begrifflicher Bestimmung der Vertretungsmacht wurde von einem auf Gesetz oder dem Willen des Vertretenen beruhenden Tatbestand, der Vertretungsmacht erzeuge, gesprochen und damit als Ursache jeder Vertretungswirkung Wille und Gesetz bezeichnet.

Beruht die Vertretungsmacht auf dem Willen des Vertretenen, so liegt eine Vollmacht vor. ‹§ 166 Absatz 2 B. G. B.› Der Vertretene erklärt, daß er aus den Geschäften, die eine Person für ihn abschließen werde, berechtigt und verpflichtet sein wolle. Die Rechtslage ist eine ähnliche wie bei der Zustimmung und hinsichtlich ihrer Wirkung, in Anbetracht des § 184 B. G. B., d. h. der Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, auch ähnlich wie bei der Genehmigung ‹§§ 183, 184 B. G. B.› [4]. Der Vertretene kann die Erklärung sowohl gegenüber demjenigen abgeben, der als Vertreter auftreten soll, als auch gegenüber demjenigen, mit dem er auf dem Wege über den Vertreter in rechtsgeschäftliche Beziehungen treten will. Hat der Vertretene seinen Willen erklärt, so hängt es von dem Willen des Vertreters ab, ob und inwieweit Vertreterwirkung eintreten soll oder nicht. Diese wechselseitigen Beziehungen zwischen Vertreter und Vertretenen legen die Annahme nahe die Vollmacht stelle zugleich ein Vertragsverhältnis dar; in der Bevollmächtigungserklärung liege der Vertragsantrag und in dem Tätigwerden des Vertreters eine Annahme desselben. Diese Ansicht ist vor allem in der gemeinrechtlichen Literatur vertreten worden

[1] S. 117 ff.
[2] a. a. O.
[3] Siehe deren Widerlegung durch Hupka S. 23 ff., Rümelin S. 134 ff., 293 ff., Manigk ‹Anw. Geb.› S. 297 ff. u. a.
[4] Siehe darüber nähere Ausführungen bei Jung ‹Ges. R.› S. 663 und ‹Ih. J.› S. 96 ff.

und wird auch noch heute vertreten [1]. Sie muß indessen mit der heute herrschenden Meinung abgelehnt werden. Vertreterwirkung kann ohne jede Erklärung, also ohne Vertragsangebot und -Annahme, entstehen. Das ergibt sich aus den folgenden Abschnitten. Auch kann die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, braucht demnach nicht einmal von demjenigen, der Gegner des beabsichtigten Vertrages sein soll, empfangen zu werden. Eine solche Regelung hat mit einer Vertragsschließung, wie sie das B. G. B. kennt, nichts mehr gemein. Es kommt hinzu, daß aus dem Bevollmächtigungsakt weder Rechte noch Pflichten entstehen [2]. Wird der Vertreter demnächst auf Grund der Bevollmächtigung nicht tätig, so kann ihm daraus ein Schaden nicht erwachsen. Eine Pflicht könnte es für ihn nur auf Grund eines der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Geschäftsführungsverhältnisses geben und auch daraus nur ein Schadensersatzanspruch für den Vertretenen gegen den untätigen Vertreter erwachsen. Aus allem ergibt sich, daß der Bevollmächtigungsakt und die Vollmacht wesentlicher Merkmale eines Vertragsverhältnisses entbehrt, daß die Vollmacht vielmehr, wie sich insbesondere auch aus der Fassung des § 166 Absatz 2 B. G. B. ergibt, lediglich auf dem einseitig erklärten Willen des Vertretenen, der Eintritt deren Wirkungen aber auf dem Willen des Vertreters beruht.

Um eine Vollmacht annehmen zu dürfen, muß also ein entsprechender Wille des Vertretenen vorhanden und entweder ausdrücklich oder stillschweigend d. h. durch bevollmächtigungsähnliches Verhalten gegenüber dem Vertreter oder dem Dritten erklärt worden sein. Hinzu kommen die Fälle, wo entweder von vornherein ein Bevollmächtigungswille nicht vorhanden war, oder, wenn er vorhanden war, doch wieder zurückgenommen worden ist und trotzdem für den als Vertreter Handelnden Vertretungsmacht besteht. Ob in solchen Fällen der Wille oder das Gesetz oder beides Grundlage Grundlage der Vertretungsmacht bildet, wird diese Arbeit ergeben.

Neben dem Willen kann auch das Gesetz Grundlage der Vertretungsmacht sein. Zur Klarstellung gegenüber dem Vorangegangenen mag folgender Gedanke nicht unerwähnt bleiben: auch die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht ⟨Vollmacht⟩ führt letzten Endes auf das Gesetz zurück. Ein Rechtsgeschäft ist ein „Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist." [3]

---

[1] So vor allem von Laband a. a. O. S. 208 ff., v. Seeler S 9 ff., insbes. S. 24. Nach Letzterem wird die Vollmacht durch denselben Vertrag begründet, durch den der Bevollmächtigte dem Vollmachtgeber gegenüber verpflichtet und berechtigt wird, für diesen und in dessen Namen ein Geschäft oder eine Reihe von Geschäften abzuschließen.

[2] So auch Staudinger § 167 ⟨2⟩.

[3] Enneccerus I § 136 II.

Das Gesetz muß also auch hier erst tätig sein, bevor der Wille den Grund für die Vertretungsmacht bilden kann. Aber es braucht eben nur anzuerkennen, daß etwas anderes als es selbst den Grund für die Vertretungsmacht bildet. Hat es geprüft, ob der Wille etwa aus irgend einem in der Person oder außerhalb der Person des Willensträgers liegenden Grunde nichtig, d. h. rechtlich nicht vorhanden oder sonst fehlerhaft ist, und liegt ein solcher Grund nicht vor, so hat es kein weiteres Interesse mehr daran, ob der Wille von sich aus begründet oder nicht. Anders ist es bei der Vertretungsmacht kraft Gesetzes. Hier erkennt das Gesetz nicht an, daß etwas anderes den Grund für die Vertretungsmacht bilden soll, sondern begründet sie selbst, und zwar tut es das, weil es von den Umständen dazu gezwungen wird. So kann es sein, daß der Vertretene einen rechtswirksamen Willen nicht hat ‹Geschäftsunfähige, beschränkt Geschäftsfähige, Entmündigte›, oder ein solcher zwar vorhanden ist aber aus irgend einem Grunde ausgeschlossen sein soll ‹Gemeinschuldner, Ehefrau hinsichtlich des eingebrachten Gutes bezw. Gesamtgutes›, oder ein Vertretener überhaupt noch nicht vorhanden, bezw. unbekannt, aber bereits mit ihm zu rechnen ist ‹§§ 1912 bis 1914, 1960, 1981, 2205›, oder der zwar vorhandene voll geschäftsfähige Vertretene aus anderem Grunde eine Vertretung notwendigerweise braucht ‹§§ 1910, 1911, 1693 B. G. B.›. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß dem Vertreter eine besondere Stellung eingeräumt wird, auf Grund deren er innerhalb des zugewiesenen Rahmens selbständig und aus eigenem Recht handelt. Um aber alle Aufgaben erfüllen zu können, wird ihm notwendigerweise Vertretungsmacht beigelegt. Es kann sich also — und das ist von besonderer Bedeutung zu betonen — hier niemals um eine Vertretung im Willen handeln, und es ist richtig, daß Jung [1]› alle diese Fälle gleich behandelt wissen will. Nach ihm soll in jedem dieser Fälle ein „Amt" vorliegen und der Vertreter kraft dieses Amtes handeln, wobei er das Wesen des Amtes in „einer gesetzlichen Vorschrift erblickt, die die Machterteilung beziehentlich die Verantwortlichkeit für einen selbständigen Rechtskreis regelt". [2]› Man braucht dann nicht die unglückliche und wenig verständliche Unterscheidung zwischen „gesetzlichem Vertreter im engeren und weiteren Sinne" zu machen [3]›. Auch entfällt die allzu enge Erklärung der gesetzlichen Vertretung, daß man unter ihr mit dem B. G. B. nur die Fälle zu verstehen habe, in denen die Vertretung infolge der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Vertretenen notwendig sei [4]›. Endlich wird man damit die Erklärungen Rosenbergs [5]› übertreffen, der ausführt, das Charakteristische

[1]› Ges. R. S. 660 ff., insbes. S. 661.
[2]› Ges. R S. 660, wo genauere Angabe und Beispiele, auch Ih. J. S. 94.
[3]› Enneccerus I § 168, I 1.
[4]› Biermann a. a. O, S. 8.
[5]› S 546 ff.

bei der gesetzlichen Vertretung sei nicht so sehr, daß sie ohne eine Willensbetätigung des Vertretenen auf Grund eines seiner Einwirkung entzogenen Tatbestandes durch bloße Anordnung des Gesetzes entstehe – denn solche Fälle gäbe es auch bei der gewillkürten Stellvertretung – als vielmehr, daß bei ihr auch späterhin dem Vertretenen in keiner Weise eine unmittelbare Beeinflussungsmöglichkeit eingeräumt sei, weder in bezug auf die Art des stellvertretenden Handelns, noch auch in bezug auf die Beendigung der Stellvertretung. Damit gibt er lediglich eine Umschreibung des Begriffs „gesetzlich", denn es ist selbstverständlich, daß dort, wo das Gesetz gebieterisch auftritt, dem Einzelnen die unmittelbare Beeinflussungsmöglichkeit genommen wird. Der Einzelne hat dann nichts mehr zu gebieten. Das könnte nur der Fall sein, wenn in den fraglichen Bestimmungen Auslegungsregeln zu erblicken wären. Daß dies aber nicht der Fall ist, braucht nicht erst betont zu werden.

Nunmehr kann man andere Fälle der „gesetzlichen" Vertretungsmacht – wenn man sie zunächst einmal so nennen darf – leicht abgrenzen und erkennen. Der Vertreter wird vom Gesetz nicht notwendigerweise in eine besondere selbständige Stellung gebracht, mit der zur Erfüllung seiner Aufgaben Vertretungsmacht verbunden werden muß. Die Vertretungsmacht wird nicht um dieser Stellung willen, sondern aus wesentlich anderem Grunde verliehen, nämlich zum Schutze gutgläubiger Dritter im Verkehr. Es handelt sich um die Fälle der sogenannten „gesetzlichen Vollmacht". Als solche ist sie aber entgegen der Stellvertretung kraft Amtes ebenso wie die Vollmacht gemäß § 166 Absatz 2 B. G. B. Stellvertretung im Willen. Hier soll dem Vertretenen ja gerade der Bevollmächtigungswille, der aus seinem ganzen Verhalten entnommen werden kann und darf, beigelegt werden, während ein solcher bei der Stellvertretung kraft Amtes nicht vorhanden sein konnte oder durfte. Andererseits ist es aber hier das Gesetz, das den selbst nachweislich nicht mehr fehlenden bezw. nie vorhanden gewesenen Willen schafft und nicht, wie bei der Vollmacht, nur anerkennt. Diese Fälle halten also die Mitte zwischen der Vollmacht und gesetzlichen Vertretungsmacht; über ihre juristische Erfassung, insbesondere nach rechtssystematischen Grundsätzen, wird vor allem im Abschnitt VII zu reden sein.

II. Problemstellung.

Der in der Arbeit zu behandelnde Stoff erscheint in seiner zusammenfassenden Bezeichnung: „Fortbestehen erloschener Vollmachten" einen Widerspruch zu enthalten. Ist es überhaupt möglich, daß etwas Erloschenes fortbestehen kann, oder gibt es nicht entweder ein Erlöschensein oder ein Fortbestehen? Aber

das Gesetz ist es selbst, das diesen zum wenigsten äußeren Widerspruch geschaffen hat. In dem § 173 B. G. B. z. B. läßt es die Vorschriften der §§ 170, 171 II, 172 II keine Anwendung finden, d. h. läßt die Vertretungsmacht nicht fortbestehen, wenn der Dritte das Erlöschen bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß. Darin liegt zugleich die positive Regelung, daß die Vertretungsmacht, wenn auch erloschen, fortbestehen soll, wenn der Dritte das Erlöschen bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht kennt und nicht kennen muß. Das Gesetz sagt nicht etwa, das Bestehende soll unter den gegebenen Voraussetzungen nicht erlöschen, sondern es soll fortbestehen, obwohl es erloschen ist. Diese Ausdrucksweise des Gesetzes ist nur aus der besonderen Rechtslage bei der Stellvertretung zu verstehen. Sie wird gekennzeichnet durch die Doppelstellung des Vertreters, die sich auf der einen Seite gegen den Vertretenen, auf der anderen Seite gegen den Dritten richtet. In Richtung gegen den Vertretenen bezeichnet sie lediglich etwas Internes, auf beide Teile Beschränktes, das erst zur Wirkung gelangt, wenn der Vertreter zu einem Dritten in Beziehung tritt. Es wird richtig sein, dieses interne Verhältnis als Innenverhältnis zu bezeichnen und zu bemerken, daß es sich hier nicht etwa um das Geschäftsführungsverhältnis handelt, das dem Vertretungsverhältnis zugrunde liegen kann und meist ebenfalls Innenverhältnis genannt wird, sondern lediglich um das Innenverhältnis in dem hier behaupteten Sinne. Dieses Innenverhältnis allein kann stets nur auf dem freien Willen des Vetretenen beruhen und solange fortbestehen, als dieser seinen Willen nicht widerrufen hat. Soll es zu seiner d. h. unmittelbaren Wirkung kommen, so muß das Außenverhältnis hinzukommen, nämlich das Verhältnis des Vertretenen zu dem Dritten, vermittelt durch den Vertreter. Nicht notwendigerweise muß aber letzteres nach ersterem eintreten. Es kann auch, wenn der Vertretene seinen Willen sogleich dem Dritten gegenüber erklärt, umgekehrt sein. Auf jeden Fall aber müssen beide Verhältnisse bestehen, wenn aus dem Willen des Vertretenen unmittelbare Wirkung entstehen soll. Sind nun beide entstanden und erlischt das Außenverhältnis dadurch, daß die erstrebte Wirkung eingetreten ist und der Vertreter nicht mehr tätig wird, dann werden neue Wirkungen nicht erzeugt; das Innenverhältnis lediglich lebt fort. Aus den entstandenen Wirkungen aber kann, solange sie dem Innenverhältnis entsprechen, hinsichtlich des Vertretungsverhältnisses Problematisches nicht mehr entstehen; sie haben den von der Vertretung gebilligten Weg genommen.

Anders ist es dann, wenn nicht das Außenverhältnis erlischt, sondern das Innenverhältnis, und zwar dadurch, daß der Vertretene seinen Willen gegenüber dem Vertreter widerruft. Es wäre dann jede Vertreterwirkung aufgehoben, da eines der zu dem Vorliegen von Vertreterwirkung notwendigen Verhältnisse fehlt. Das kann unter Umständen unbillig sein und zwar dann, wenn der Dritte

von dem intern eintretenden Erlöschen keine Kenntnis erlangt hat. Wie zahlreiche Beispiele aus dem Gesetz ergeben, soll dann das Außenverhältnis fortbestehen, auch wenn das Innenverhältnis erloschen ist. Wie diese Gesetzesstellen auszulegen, wann sie im einzelnen innerhalb und außerhalb des Gesetzes anzuwenden sind, und welche rechtssystematische Erklärung sie zu erfahren haben, wird Aufgabe dieser Arbeit sein.

III. Die gesetzlichen Tatbestände, die das Problem unmittelbar enthalten.

Die Bestimmungen des Gesetzes, die das Problem der Arbeit am eindeutigsten erkennen lassen, sind die §§ 169–173 B. G. B. Sie reden sämtlich von einem „Fortbestehen" bezw. „Inkraftbleiben", „Bestehenbleiben" der erloschenen Vertretungsmacht oder Vollmacht. Mit ihrer Hilfe soll das Problem daher zunächst herausgearbeitet und behandelt werden. Auf andere Bestimmungen, die das Problem ebenfalls enthalten, soll später eingegangen werden. Vorausgeschickt sei nur, daß letztere diejenigen Bestimmungen sind, die eine Vertretungsmacht schlechthin als „bestehend" annehmen, falls bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Es wird sich aber zeigen, daß sie deshalb unter das Problem fallen, weil zu dem Bestehen der Vertretungsmacht ergänzt werden muß: gleich ob sie ⟨die Vertretungsmacht⟩ bestanden hat, aber erloschen ist, oder noch nie bestanden hat.

§ 169 B. G. B.

Ist ein Beauftragter oder Gesellschafter neben der vertraglichen Verpflichtung zur Geschäftsführung ermächtigt worden, den Auftraggeber oder die Gesellschaft zu vertreten — und das ist gemäß § 714 B. G. B. bei dem geschäftsführenden Gesellschafter im Zweifel der Fall —, so wird sich in beiden Fällen diese Ermächtigung als Vollmachtserteilung darstellen [1]. Erlischt nun das Geschäftsführungsverhältnis ⟨durch Tod des Geschäftsherrn, Konkurs etc.⟩, so erlischt gemäß § 168 B. G. B. damit auch die Vollmacht, da sich nach dieser Bestimmung das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmt. Eine Benachrichtigung über das Erlöschen des Geschäftsführungsverhältnisses seitens der Berufenen wird dabei den Bevollmächtigten nicht immer rechtzeitig erreichen, ausgenommen beim Widerruf, der indessen die

[1] Im Falle der Gesellschaft anders Jung ⟨Ges. R.⟩ S. 661, ⟨Ih. J. S.⟩ 24, Anm. 1: Zu beachten ist aber, daß das Gesetz selbst in § 169 die in § 714 erwähnte „Ermächtigung" des Gesellschafters, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, als Vollmacht bezeichnet, daß außerdem, wie von Jung richtig hervorgehoben wird, alle Gesellschafter in dem Gesellschaftsvertrage ihren Bevollmächtigungswillen erklärt haben.

Benachrichtigung selbst darstellt und daher ausgenommen werden muß. Wann im übrigen den Bevollmächtigten die Benachrichtigung „erreicht", bestimmt sich nach den §§ 674, 729 B. G. B. Es ist dann der Fall, wenn der Bevollmächtigte zum wenigsten von ihr Kenntnis haben muß, d. h. sie zum wenigsten fahrlässigerweise nicht kennt ‹§ 122 B. G. B.›. Daß sie ihm lediglich „zugegangen" zu sein braucht, wird man im Gegensatz zum Widerruf nicht verlangen können, da eine so weitgehende Regelung zu unbilligen Härten für ihn führen würde. Der Bevollmächtigte wird nun in der Zwischenzeit in dem guten Glauben auf das Fortbestehen des Geschäftsführungsverhältnisses und der Vollmacht die Geschäfte weiter im Namen des Herrn ‹des Berufenen› abschließen. Die Folge ist, daß er — nach dem Erlöschen — als falsus procurator gemäß § 179 B. G. B. zum Schadensersatz verpflichtet ist, falls dessen Voraussetzungen im übrigen gegeben sind. Diesen unbilligen Zustand hat das Gesetz durch die §§ 674, 729 in Verbindung mit § 169 beseitigt. Diese Bestimmungen sind indessen systematisch derart unklar, daß sie ein kurzes Eingehen erfordern.

§ 169 trifft nur eine Bestimmung für den Fall der Schlechtgläubigkeit des Dritten, d. h. für den Fall, daß der Dritte weiß oder wissen muß, daß die Vollmacht des Beauftragten oder geschäftsführenden Gesellschafters erloschen ist. Es soll dann die Vollmacht nicht als „fortbestehend gelten". Ueber das Fortbestehen der Vollmacht selbst trifft er indessen keine Bestimmung, sondern bezieht sich auf die §§ 674, 729. Das Unklare ist nun, daß § 169 offenbar voraussetzt, daß nach §§ 674, 729 eine erloschene Vollmacht fortbestehen soll, während § 674 einen erloschenen Auftrag und 729 die Befugnis zur Geschäftsführung fortbestehen läßt. Es fehlt also ein verbindender Gedanke und das ist der Vordersatz des § 168. Ihmzufolge soll sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmen, d. h. im Zweifel soll sich die Vollmacht des beauftragten oder geschäftsführenden Gesellschafters in ihrem Erlöschen nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmen. Die Gleichstellung der Vollmacht mit ihrem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis durch das Gesetz ohne Hinweis auf § 168 beruht offenbar auf dem bekannten und besonders früher oft beobachteten Mangel genügender Trennung des Bevollmächtigungsverhältnisses von dem Geschäftsführungsverhältnis. Richtig müßte danach der Wortlaut des § 169 folgendermaßen lauten: Ist auf Grund eines Geschäftsführungsverhältnisses eine Vollmacht erteilt worden, so gilt sie gemäß § 168 trotz Erlöschens als fortbestehend, soweit nach den §§ 674, 729 das erloschene Geschäftsführungsverhältnis als fortbestehend gilt. Sie wirkt jedoch nicht zugunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß. Nunmehr läßt sich auf das Problem selbst eingehen.

Wenn das Gesetz bestimmt, die Vollmacht solle trotz Er-

löschens fortbestehen, so kann deren rechtliche Natur vor dem Erlöschen keine andere gewesen sein, als sie nach dem Erlöschen ist. Es muß also, wenn wir oben die Vollmacht als die auf dem Willen des Vertretenen beruhende Vertretungsmacht erkannt haben, beides fortbestehen: der Bevollmächtigungswille des Vertretenen und die darauf beruhende Vertretungsmacht des Vertreters. Fragt man nun nach dem, was das Gesetz unter dem Erlöschen verstanden haben will, so kann es nur der freiwillig erklärte Wille des Vertretenen sein; dieser ist in dem Augenblick seines Erlöschens zu einem Willen geworden, der in einem bevollmächtigenden Verhalten notwendigerweise enthalten sein muß. Er wird vielfach als sogenannter gesetzlicher Wille bezeichnet. Die Veränderung hat sich also in der Ursache der Vertreterwirkung vollzogen. Damit wäre zunächst die rechtliche Konstruktion des Problems gegeben. Es fragt sich nun, welcher tiefere Grund den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßt hat.

Er liegt darin, daß auch nach dem Erlöschen des freiwillig erklärten Willens in jedem der vorgenannten Fälle der Vertretene gegenüber dem Vertreter noch dasselbe Verhalten an den Tag legt, das er vor dem Erlöschen gezeigt hat. Aus ihm darf der Vertreter nach Treu und Glauben schließen, daß die Vollmacht fortbesteht und daß, falls sie erloschen sein sollte, damit zum wenigsten eine stillschweigende Neubevollmächtigung bezw. Weiterbevollmächtigung stattfinden sollte. Es liegt also ein schlüssiges Verhalten des Vertretenen vor, und der Vertreter darf darauf vertrauen, da von ihm nicht verlangt werden kann, daß er sich immer wieder bei dem Vertretenen erkundigt, ob die Vollmacht noch in alter Form oder überhaupt noch fortbesteht. Es ist vielmehr Sache der Vertretenen und, falls die Vollmacht z. B. infolge Todes weggefallen sein sollte, diejenige ihrer Rechtsnachfolger, den Vertreter über die neue Rechtslage unverzüglich zu unterrichten. Geschieht das nicht, so wird in dieser Hinsicht ihr Verhalten aller Wahrscheinlichkeit nach auf einer Nachlässigkeit beruhen, die sie zu vertreten haben. Wenn man hier das Vertretenmüssen an eine Nachlässigkeit — um nicht schon zu sagen: Schuld — knüpft, so liegt es daran, daß aus dem Schutz des Vertreters ein noch unten zu erkennender allgemeiner Grundsatz des Schutzes Gutgläubiger im Verkehr spricht. Ihmgegenüber ist jede Versäumnis schon als Nachlässigkeit anzusprechen. Und da er höchste Anforderungen an die Sorgfältigkeit des Vertretenen knüpft, wird aus dem vom Gesetz allgemein angenommenen Vertretenmüssen eine unwiderlegliche Vermutung für das Vorliegen einer Schuld sprechen.

Rechtssystematisch sei dazu festgestellt: das Gesetz knüpft an ein auf Weiterbevollmächtigung deutendes Verhalten des Vertretenen den Fortbestand der Vollmacht. Es liegt gegenüber dem Vertreter eine stillschweigende Weiterbevollmächtigungs-Erklärung vor. Sind sich die Vertretenen dieses Erklärungswertes ihres

Verhaltens bewußt, wollen sie aber das Erklärte nicht, so liegt eine reservatio mentalis ⟨§ 116 B. G. B.⟩ vor und das Gesetz spricht eine Selbstverständlichkeit aus; sind sie sich aber — und darauf wird der Fall abgestellt sein, da er sich praktisch wohl allein zutragen wird — dieses Erklärungswertes ihres Verhaltens nicht bewußt, oder wissen sie noch nicht einmal, daß sie überhaupt ein schlüssiges Verhalten an den Tag legen, so wird dieses mangelnde Bewußtsein auf derselben Nachlässigkeit beruhen, auf der das ganze Verhalten beruht. Deshalb müssen es die Vertretenen gegen sich gelten lassen, wenn ihrem Verhalten Erklärungswert und Erfolgswille beigelegt und die Vollmacht in dem Augenblick ihres Erlöschens durch eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung gestützt wird. Wir wollen die fortbestehende Vollmacht hier zunächst als „gesetzliche" bezeichnen.

Dem entgegen stehen die Ausführungen von Hellwig[1]. Er nimmt hier, wie auch in den §§ 170—72 eine Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis an. Im Zusammenhang mit der Behandlung der Prozeßvollmacht führt er aus, alle ⟨von ihm vorangehend genannten⟩ prozessual in Betracht kommenden Ermächtigungen von Privaten hätten das gemeinsam, daß der Beteiligte einem Dritten die Befugnis einräume, durch Vornahme von Rechtshandlungen auf die Rechtsverhältnisse des Ermächtigenden gemäß der Ermächtigung einzuwirken. Er folgert dann weiter, den Gegensatz dazu bildeten die Fälle, wo zwar ein Dritter die Macht habe, durch seine Rechtshandlung einen Einfluß auf die fremde Rechtssphäre zu üben, aber nicht kraft der Einräumung des Betroffenen und nicht einer in dessem Interesse vom Gesetz gegebenen Vorschrift, sondern lediglich zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs und so, daß die Rechtshandlung objektiv sich als eine rechtswidrige darstelle und auch als solche von Bedeutung werden könne. Jeder zur Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre Befugte habe die Macht dazu. Aber nicht jeder, der diese Macht habe, sei zu ihrem Gebrauch befugt. So sei auch eine Vertretungsmacht möglich, die nicht Vertretungsbefugnis sei, so z. B. in den Fällen B. G. B. §§ 171, 172. Und gemäß Anmerkung 22 S. 459 unter 5 rechnet er auch den Fall § 169 dazu, wo die ⟨bloße⟩ Vertretungsmacht im Interesse des gutgläubigen Dritten fortbestehe, obwohl die Vertretungsbefugnis erloschen sei[2]. Danach versteht der Schriftsteller unter einer Vertretungsbefugnis diejenige Vertretungsmacht, die entweder auf der Einräumung des Betroffenen oder auf einer gesetzlichen Vorschrift beruht, die im Interesse des Betroffenen geschaffen ist. Dagegen versteht er unter Vertretungsmacht schlechthin diejenige Vertretungsmacht, die zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs verliehen ist, sich aber objektiv als eine rechtswidrige darstellt. H. ist insoweit zuzustimmen, als das Vorliegen einer „Befugnis" stets auf eine besondere enge Beziehung des

[1] ⟨Lehrb. II.⟩ S. 408, 459.
[2] Aehnlich Flatau a. a. O. S. 753 ff., insbes. S. 767.

Vertretenen zu den Vertretergeschäften, und damit zu der Vertretungsmacht des Vertreters deutet; denn das meint er wohl, wenn er sagt, die Vertretungsbefugnis müsse entweder auf einer Einräumung des Betroffenen, oder auf einer gesetzlichen Vorschrift beruhen, die im Interesse des Betroffenen geschaffen ist. Entscheidend für das Vorliegen einer dieser beiden Grundlagen der Vertretungsbefugnis kann aber nur ein rechtswirksamer, sei es freiwillig erklärter, sei es erschlossener Wille des Betroffenen sein. Nur dieser Wille kann die enge Beziehung des Vertretenen zu den Vertretergeschäften und damit zu dem Vertreter selbst vermitteln, auf der sich die Vertretungsbefugnis aufbaut. Ob dabei die Interessen des Betroffenen oder gutgläubigen Verkehrs den tieferen Grund der Vertretungsmacht bilden, ist unerheblich. Im Gegensatz dazu stehen dann die Fälle — und nur die Fälle — wo diese besonders enge Beziehung des Vertretenen zu den Vertretergeschäften nicht besteht. Es sind dies die Fälle der Vertretungsmacht kraft Amtes. Auch hier besteht zwar eine Beziehung zwischen beiden Dingen, sie ist aber weniger eng, weil sie nicht auf dem Willen des Vertretenen beruht. Hier haben nämlich die Vertretergeschäfte nicht ihren Grund in dem freiwillig erklärten oder erschlossenen Bevollmächtigungswillen des Vertretenen, sondern in dem Amt des Vertreters, das von dem Gesetz eine Vertretungsmacht fordert, um ohne Rücksicht auf den Willen des Betroffenen den in dessen Interesse liegenden Aufgaben in ausreichendem Maße gerecht werden zu können ⟨vergl. dazu die Ausführungen in Abschnitt I⟩. Daß die Ausübung der Vertretungsbefugnis ⟨auch in dem hier dargelegten Sinne⟩ unter Umständen objektiv rechtswidrig sein kann, liegt an der besonderen Rechtslage bei der Stellvertretung als der Doppelstellung des Stellvertreters, nicht aber daran, daß ein Dritter in seinem guten Glauben auf das Bestehen einer Vertretungsmacht geschützt werden muß. Die Ansicht Hellwigs muß danach abgelehnt werden, weil es den besonderen Begriff „Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis" nicht gibt, wo er aber angewandt werden könnte, lediglich, wie sich aus obigem ergeben hat, die Fälle der Vertretungsmacht kraft Amtes umfaßt, andererseits aber „Vertretungsmacht mit Vertretungsbefugnis" nach obigem nichts anderes als Vollmacht bedeutet. Damit hält man sich auch im Rahmen des Gesetzes, das in den §§ 171/72 B. G. B. von einem „Befugtsein" zur Vertretung spricht und nichts anderes als Fälle erschlossener ⟨gesetzlicher⟩ Vollmacht enthält.

Abgelehnt werden muß auch die Ansicht, die in dem Fortbestehen der erloschenen Vertretungsmacht gemäß § 169 einen Fall der „Scheinvollmacht" erblickt,[1] die Hellwig[2] als den Fall seiner Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis ansieht. Darüber wird näheres zur Begründung noch unten, insbesondere in Abschnitt VII, anzuführen sein.

[1] V. Seeler a. a. O., S. 37 ff.
[2] S. 459 unter 5 und Anm. 22 ⟨Lehrb. II⟩.

§ 170 B. G. B.

Auch in § 170 ist das Problem der Arbeit enthalten. Er betrifft den Fall, daß die Bevollmächtigung gegenüber einem Dritten stattgefunden hat, und bestimmt, daß diesem gegenüber die Vollmacht in Kraft bleiben soll, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird. Man wird der Bevollmächtigung gegenüber einem Dritten die Bevollmächtigung durch öffentliche Erklärung gleichsetzen müssen [1]). Enneccerus bringt den Fall, daß jemand öffentlich bekannt macht: „Hierdurch bevollmächtige ich den V., alle meine Forderungen einzukassieren!" Aus ihm allein schon ersieht man, daß unter Umständen eine praktische Notwendigkeit für diese Gleichsetzung besteht, z. B. bei größeren Betrieben, oder wo überhaupt ein größerer Kreis von Dritten in Betracht kommen kann. Auch was die juristische Konstruktion anlangt, bestehen für eine Gleichsetzung keine Bedenken. Der Fall ist im Gesetz nicht geregelt; § 167 redet neben der Bevollmächtigung gegenüber dem als Vertreter Ausersehenen nur von einer Vollmacht gegenüber einem Dritten und in § 171 von dem Fall, daß jemand . . . durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er einen anderen bevollmächtigt habe, wo also eine Bevollmächtigung bereits stattgefunden hat. Einer entsprechenden Anwendung der §§ 167 I und 171 auf den Fall der Bevollmächtigung durch öffentliche Erklärung wird aber nichts entgegenstehen. Man muß bedenken, daß die Bevollmächtigung gegenüber Dritten und die Mitteilung derselben durch öffentliche Bekanntmachung, die selbst ⟨s. unten⟩ wieder eine Bevollmächtigung enthalten kann, ihrem rechtlichen Grund und Zweck nach von unserem Fall gar nicht verschieden ist. Man muß außerdem bedenken, daß diese Bevollmächtigungsart mehr aus praktisch äußerlichen Gründen keinen Eingang in das B. G. B. gefunden hat. Es wurde nämlich bei der Beratung des B. G. B. ein Antrag, den jetzigen § 171 dahin zu erweitern, daß er anstatt „Kundgegeben, daß er einen anderen bevollmächtigt habe", lauten solle: „daß er einen anderen bevollmächtigt habe oder bevollmächtige", lediglich abgelehnt, weil man dadurch den juristischen Unterschied der beiden Kundgebungen, nämlich Mitteilung einer vollzogenen Tatsache und Bevollmächtigungs-Willenserklärung, zu verwischen fürchtete [2]). Ueberträgt man diese Erweiterung auf den § 170, so würde das heißen, daß auch dem Dritten gegenüber, der mit dem durch öffentliche Bekanntmachung Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte abschließt, die Vollmacht solange fortbestehen soll, bis deren Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird.

Das Problem ist nun hier wiederum in derselben Weise wie in § 169 zu lösen. Die fortbestehende Vollmacht muß ihrer recht-

[1]) So vor allem Hupka S. 108, Isay S. 210, Enneccerus I § 171 Anm. 4, Staudinger § 167 ⟨3 C⟩, auch Kipp ⟨zu Windscheid⟩ S. 362, der seine Ansicht auf eine Gleichstellung mit § 171 I gründet.

[2]) Siehe Hupka, S. 108.

lichen Natur nach dieselbe wie die erloschene sein. Fortbesteht der Wille des Vertretenen und auf ihm beruhend die Vertretungsmacht des Vertreters. Erloschen ist wiederum der freiwillig erklärte Wille des Vertretenen, fortbesteht der Wille, der in einem bevollmächtigungsähnlichen Verhalten notwendigerweise enthalten sein muß. Es liegt wiederum eine Veränderung lediglich in der Ursache der Vertreterwirkung vor.

Der Grund für das Fortbestehen liegt auch hier in einem nach dem Erlöschen noch unveränderten Verhalten des Vertretenen gegenüber dem Dritten. Aus ihm darf der Dritte nach Treu und Glauben schließen, daß die Vollmacht fortbesteht und, falls sie erloschen sein sollte, mit ihm zum wenigsten eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung stattfinden sollte. Es liegt also wiederum ein schlüssiges Verhalten des Vertretenen vor und auf die Richtigkeit des Schlusses darf der Dritte vertrauen, da von ihm nicht verlangt werden kann, daß er immer wieder bei dem Vertretenen anfragt, ob die Bevollmächtigungserklärung oder die öffentliche Erklärung noch Gültigkeit habe. Es ist auch hier Sache des Vertretenen, falls die Erklärung keine Gültigkeit mehr hat, da ihre Wirkungen durch Vollmachtswiderruf gegenüber dem Vertreter oder auf andere Weise erloschen sind, den Dritten bezw. denselben Kreis der Dritten von dem Erlöschen in Kenntnis zu setzen. Geschieht das nicht, so wird auch hier das Verhalten des Vertretenen auf Nachlässigkeit beruhen, und das Gesetz nimmt sie auch hier unwiderleglich an, weil gegenüber der Bedeutung des Schutzes Gutgläubiger im Verkehr in jeder Versäumnis eine Nachlässigkeit erblickt werden kann und die wenigen Ausnahmefälle, die diesen Grundsatz durchbrechen könnten, keine Rolle spielen. Hervorzuheben ist hier nur noch, daß es sich nicht um den Schutz des Vertreters, sondern um den des gutgläubigen Dritten handelt, der aber billigerweise nach § 173 nicht in Betracht kommen soll, falls der Dritte bei Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß. <Vergl. S. 15>.

Rechtssystematisch sei auch hier hervorgehoben: Das Gesetz knüpft an ein auf Weiterbevollmächtigung deutendes Verhalten des Vertretenen den Fortbestand der Vollmacht. Es liegt gegenüber dem Dritten eine stillschweigende Weiter-Bevollmächtigung vor. Ist sich der Vertretene dieses Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt, will er aber das Erklärte nicht, so liegt eine reservatio mentalis vor <§ 116 B. G. B.> und das Gesetz spricht eine Selbstverständlichkeit aus. Ist er sich dieses Erklärungswertes seines Verhaltens nicht bewußt, was auch hier meist der Fall sein wird, oder weiß er noch nicht einmal, daß er überhaupt ein schlüssiges Verhalten an den Tag legt, so wird das mangelnde Bewußtsein auf derselben Nachlässigkeit beruhen, auf der das gesamte Verhalten beruht. Die Folge davon ist, daß der Vertretene es gegen sich gelten lassen muß, wenn seinem Verhalten Erklärungswert und Erfolgswille beigelegt wird und die Vollmacht im Augenblick ihres Erlöschens

durch eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung gestützt wird.

Auch hier ist der Streit der Meinungen ein heftiger. Nahe kommt der oben vertretenen Ansicht nur Hölder [1], auch Crome [2] und Planck [3], endlich Danz [4]. Hölder sagt, daß die Vollmacht dem Dritten gegenüber in Kraft bleibe, bedeute nichts anderes, als daß sie fortbestehe oder nicht erlösche. Die Worte „diesem gegenüber" bedeuteten nicht eine Beschränkung der Existenz der Vollmacht, sondern deuteten nur hin auf die für den Vertreter bestehende Pflicht, von der noch bestehenden Vertretungsmacht keinen Gebrauch mehr zu machen. Die Vollmacht erlösche hier nach dem Wortlaut des Gesetzes erst durch die vom Vollmachtgeber ausgehende Anzeige des Erlöschens. Diese Anzeige sei nicht Mitteilung des Untergangs der Vollmacht als einer bereits eingetretenen, aber Mitteilung eines solchen Umstandes, der den Untergang der Vollmacht begründe, wenn zu seinem Eintritt die Mitteilung an den Dritten hinzukomme. Auch nach H bleibt also die Vollmacht bestehen. Nach ihm bleibt aber auch das bestehen, was nach unserer Ansicht erloschen ist, nämlich der freiwillig erklärte Wille des Vertretenen. Das ist indessen mit dem Tatbestand, der erkennen läßt, daß der freiwillig erklärte Wille des Vertretenen als Ursache und weitere Grundlage der Vollmacht nicht mehr aufrecht erhalten ist, mithin eine Vollmacht als Wirkung nicht mehr erzeugen kann, nicht vereinbar, außerdem ist es aber auch mit dem Wortlaut des Gesetzes, das nun mal von einem Erlöschensein redet, nicht vereinbar. Richtig ist allerdings, wenn H. sagt, die Anzeige des § 170 b e g r ü n d e den Untergang der Vollmacht und sei nicht Mitteilung eines solchen Umstandes, der bereits eingetreten sei. Es geht aber durch sie nur noch die Vollmacht, die nach dem Erlöschen notwendig übrig geblieben war, unter.

Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen bei Crome, dessen Ansicht, wie hervorgehoben wurde, der hier vertretenen nahe kommt. Er sagt, während man sonst ⟨§§ 405–408, 892 ff., 932 ff. B. G. B.⟩ die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, nicht so deuten kann, als ob der Nichtberechtigte berechtigt sei, sei hier ⟨§§ 169 ff.⟩ in der Tat die fortdauernd wirkende Vertretungsmacht gleich einer Verlängerung der Vollmacht ⟨weil eben die Vollmacht in nichts anderem bestehe, denn in einer Legitimation des Bevollmächtigten zum Handeln für den Vertretenen⟩. Was den Fortbestand der Vollmacht anlangt, befindet sich Crome auf demselben Wege der Auslegung, der hier beschritten wurde. Beachtlich und unten noch näher zu behandeln ist auch die Feststellung, daß die Vollmacht in nichts anderem besteht, als in der Legitimation des

[1] § 170 unter b.
[2] § 104 I vor 1.
[3] I § 170.
[4] a. a. O. Sp. 1281.

Bevollmächtigten zum Handeln für den Vertretenen. Jung[1] sagt dasselbe mit den Worten, die Vollmacht erschöpfe sich in dem Ausschluß der Eigenwirkungen und Eintritt der Fremdwirkungen der Vertretergeschäfte. Diese Feststellung darf aber nicht dazu führen, in den §§ 169 ff. den Vertreter im vermeintlichen Gegensatz zu dem Verfüger der §§ 405–8 etc. als berechtigt zum Handeln anzusehen. Hier ist der als Vertreter Auftretende ebenso wenig wie der Verfüger in den §§ 405–8 etc. zum Handeln berechtigt. Das geht eben aus dem Verhältnis des Vertreters zu dem Vertretenen, der den freiwillig erklärten Bevollmächtigungswillen gar nicht mehr hat, hervor. Zu dieser unrichtigen Feststellung ist aber Crome nur gelangt, weil er übersehen hat, was es bedeutet, wenn die §§ 169 ff. auch von etwas Erloschenem reden. Das Erloschene aber ist es gerade, was die Handlungen des Vertreters auch hier als unberechtigte erscheinen lassen.

Planck bringt als Vertreter einer Ansicht, die der hier vertretenen nahe kommt, nichts besonderes, was der Erwähnung bedürfte. Von den übrigen wäre nur noch Danz zu nennen. Er führt aus, wenn das Gesetz sage, daß eine Bevollmächtigungserklärung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Kraft habe, also Vertretungsmacht gebe, so sei eben solange eine wirkliche Vollmacht vorhanden. Danz kommt zu diesem Ergebnis, weil er Anhänger der Erklärungstheorie ist. Er definiert die Willenserklärung als das „Verhalten einer Person, welches nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände des konkreten Falles regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Schluß im einzelnen Falle zutrifft, d. h. ob wirklich ein solcher Wille, wie er sich aus der vorliegenden Willenserklärung ergibt, bei der Person vorhanden gewesen ist oder nicht." Bei einer Besprechung dieser Ansicht würden wir uns schon in die Aufgaben des Abschnittes VII der Arbeit begeben, die aber hier nicht vorausgegriffen werden sollen. Es mag deshalb ein Hinweis auf die Ansicht von Danz hier zunächst genügen. Hervorgehoben werden soll nur, daß Danz zu erklären unterläßt, wie er das Erlöschen auffassen möchte. Man vermißt bei ihm die fortbestehende Beziehung des Vertretenen zur Vertretungsmacht, auch vermißt man bei ihm die Unterscheidung zwischen bewußter und unbewußter Erklärung, die immerhin, wie sich noch zeigen wird, in unseren Fällen nicht ohne Bedeutung ist.

Die Abneigung dagegen, mit uns dem Vertretenen einen Willen beizulegen, den er freiwillig nicht hat, hat die meisten Schriftsteller bewogen, das Problem auf ganz andere Weise zu lösen. Es sind dies vor allem die Anhänger der Theorie der „Scheinvollmacht".[2] Die Vertreter dieser Ansicht lassen die Vollmacht als Scheinvollmacht

[1] S. 665. (Ges. R.)

[2] V. Seeler S. 4, Planck § 167 Anm. 6 und die dort angegebene Literatur, auch Goldberger a. a. O. u. a.

bei Vorliegen dreier Voraussetzungen eintreten: Der Vertretene muß einen Tatbestand veranlaßt oder mitveranlaßt haben, der den Rechtsschein einer Bevollmächtigung von sich gibt, und der Dritte gutgläubig, d h. ohne zu wissen oder wissen zu müssen, daß in Wirklichkeit eine Vollmacht nicht besteht, auf den Schein vertrauen. Dann soll er geschützt werden, indem nur „scheinbare" Vollmacht als Scheinvollmacht oder als besondere Art der Vertretungsmacht ⟨neben gesetzlicher Vertretungsmacht und Vollmacht⟩ entsteht. Es wäre verfehlt, schon an dieser Stelle der Arbeit alles das vorzubringen, was gegen diesen Begriff spricht. Es soll weiter unten und zwar, nachdem alle in Frage kommenden Tatbestände erkannt sind, geschehen. Soviel soll aber schon gesagt werden, daß es nicht so widersinnig ist, einer Person einen Willen beizulegen, den sie nicht hat, auf dem sich aber eine Konstruktion aufbaut, die sich im Rahmen des Gesetzes hält, als von einer Vollmacht zu reden, die entweder keine, oder eine dem Gesetz unbekannte Art von Vertretungsmacht ist. Mit letzterem kann man nur noch mehr Verwirrung in die Vollmachtslehre bringen, als sie bei der unklaren Ausdrucksweise des Gesetzes ohnehin besteht. Was macht es für einen Unterschied, ob man einer Person einen Willen beilegt, den sie zwar nicht hat, dessen Vorliegen sich aber aus ihrem gesamten Verhalten entnehmen läßt und im Interesse des Verkehrsschutzes entnommen werden muß, oder ob man der Person — zunächst — gar keinen Willen beilegt, aber sagt, es werde so angesehen, als entspräche der Inhalt dessen, was erklärt ist und fortdauernd erklärt wird, der wirklichen Rechtslage, weil ein Schein von dieser wirklichen Rechtslage vorhanden sei! Darüber darf man sich nicht täuschen, daß auch bei Annahme einer durch Schein hervorgerufenen oder fortbestehenden Vollmacht es eben, wenn man nicht gesetzliche Vertretungsmacht annehmen kann, die Vollmacht ist, die entsteht oder besteht. Vollmacht aber bedeutet, wie wir gesehen haben, auf den Willen des Vertretenen beruhende Vertretungsmacht. Man kommt also nicht darum, auch den Willen fortbestehen, bezw. entstehen zu lassen. Die Vollmacht lediglich als Wirkung fortbestehen oder entstehen zu lassen, ist nicht richtig, weil man dann wieder nach der Ursache fragen muß und, wenn man nur die gesetzliche Vertretungsmacht als unmittelbar auf Gesetz beruhende und von einem Willen unabhängige Vertretungsmacht angesehen hat, das Gesetz es nicht mehr sein kann, das diese Vertretungsmacht unmittelbar stützt. Wenn also die Anhänger der Scheinvollmacht einerseits das Vorliegen eines Willens ablehnen, andererseits die Fälle der Scheinvollmacht nicht unter die Fälle der gesetzlichen Vertretung gerechnet werden können und es eine dritte Art von Vertretungsmacht nicht gibt, ist bewiesen, daß mit dem Begriff der Scheinvollmacht das Problem nicht zu lösen ist. Die Bezeichnung „Scheinvollmacht" enthält außerdem rein äußerlich schon einen Widerspruch, da Vollmacht Willensvertretungsmacht bedeutet, die Anhänger der

Theorie der Scheinvollmacht das Vorliegen des Willens aber ablehnen. Außerdem durchdenke man einmal den Satz, den v. Seeler [1]), der Urheber der Theorie und Finder der Bezeichnung, aufstellt: Hat der Vertreter durch sein Verhalten einen äußeren Tatbestand veranlaßt oder mitveranlaßt, der in dem Dritten den Glauben erweckte, der Vertreter sei bevollmächtigt, so gilt dieser dem Dritten gegenüber als bevollmächtigt, d. h. es treten diejenigen Rechtswirkungen ein, welche eintreten würden, wenn eine Vollmacht in Wirklichkeit vorläge. Der Schriftsteller sagt in einem Satz, es gilt jemand als bevollmächtigt, fingiert also eine Vollmacht und sagt danach, es trete nur die Wirkung ein, die eintreten würde, wenn eine Vollmacht in Wirklichkeit vorläge, lehnt also das Vorliegen einer Vollmacht wieder ab. Diesen Widerspruch sollen offenbar die Worte „d. h." ausgleichen. Was juristisch und gesetzestechnisch davon noch brauchbar ist, vermag man nicht zu erkennen. Eine Vollmacht, die nur zum Schein besteht, würde endlich auch nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang stehen, das im § 170 sagt, die Vollmacht bleibe in Kraft, also die Vollmacht als fortbestehend fingiert.

Dieser letzte Grund wird sich auch gegenüber denjenigen verwenden lassen, die in der Vertretungsmacht des § 170 und in derjenigen der §§ 171/72 eine „Vertretungsmacht kraft Gesetzes" erblicken [2]). Es kommt hinzu, daß wir als solche nur die Vertretungsmacht kraft Amtes kennen gelernt haben. Wir haben gesehen, daß diese ohne Rücksicht auf den Willen des Vertretenen besteht, sogar in den meisten Fällen bestehen muß, daß sie nur um der Stellung des Vertreters willen gegeben ist und darum keine Vertretung im Willen bedeuten kann. Gerade umgekehrt soll es aber hier in den §§ 170 ff. sein. Es fehlen demnach der Vertretungsmacht des § 170 alle Merkmale einer Vertretungsmacht kraft Amtes ⟨Gesetzes⟩. Auch diese Ansicht muß daher abgelehnt werden [3]).

Endlich können die Schwierigkeiten nicht dadurch aus dem Weg geräumt werden, daß man als die „richtige Art" der Vollmachtserteilung die Erklärung an den Dritten bezeichnet [4]). Wenn Lenel sagt, die Vollmacht sei notwendig ein einseitiger Rechtsakt dem Dritten gegenüber, so meint er damit, was sich aus seinen weiteren Ausführungen ergibt, sie käme durch Hinzutreten des Dritten erst zur Wirkung. Das ist richtig, aber die auf dem Willen des Vertretenen beruhende Vertretungsmacht kann auch schon vorher bestehen, nämlich wenn der Vertretene Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Vertreter erteilt hat. Daß auch diese Art der Voll-

[1]) S. 36, 37.

[2]) Biermann S. 110, Isay S. 230 ff., Goldberger S. 4 ff., insbes. Anm. 10 u. a.

[3]) Rosenberg S. 535 ff., der diese Fälle ebenfalls nicht der gesetzlichen Vertretung, sondern, wie er sagt, der „gewillkürten" unterordnet, kommt obiger Ansicht immerhin nahe; nach ihm ist Unterscheidungsmerkmal für beide Arten der Vertretungsmacht auch der Wille des Vertretenen.

[4]) Lenel a. a. O. S. 15, Hellwig ⟨Z. Z. Pr. 29⟩ S. 520 ff., insbesondere S. 523.

machtserteilung eine „richtige" (Hellwig redet auch von der „eigentlichen") ist, wird man angesichts des § 167 nicht bestreiten können. Für die Lösung des Problems kann mithin auch diese Ansicht nichts beitragen.

Nach § 170 bleibt die durch Erklärung gegenüber einem Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung erteilte Vollmacht bestehen, bis der Vollmachtgeber dem Dritten angezeigt hat, daß er den Willen zur Bevollmächtigung aufgebe oder aufgegeben habe. Die Notwendigkeit einer soldien Regelung dem gutgläubigen Dritten gegenüber ist bereits oben dargetan worden. Wann diese Anzeige wirksam wird, bestimmt sich nach den Regeln über die Willenserklärung; sie wird dann wirksam, wenn sie ihm „zugegangen" (§ 130 B. G. B.), nicht etwa, wenn sie tatsächlich vernommen worden ist [1]). Ist der Dritte schlechtgläubig, d. h. weiß er oder muß er wissen, daß der Vertreter dem Vertretenen gegenüber ohne Vertretungsmacht handelt, so verdient er diesen Schutz nicht, und dann soll nach § 173 auch die Anwendung des § 170 ausgeschlossen sein.

§ 171/72 B. G. B.

Die §§ 171/72 in Verbindung mit § 173 gehören zu den Bestimmungen des B. G. B., die bisher am heftigsten umstritten worden sind. Man weiß, daß den Grund dafür das Gesetz selbst gegeben hat. Es gebraucht für denselben Begriff nicht weniger als 3 Ausdrücke: Vollmacht, Vertretungsbefugnis, Vertretungsmacht. Es redet, wie bereits hervorgehoben wurde, dort von einem Fortbestehen, wo es gleichzeitig von Erlöschen redet. Worin dieser unglückliche Umstand seine Ursache findet, ersieht man aus den Protokollen [2]). Der Gesetzgeber wollte durch die Fassung des Gesetzes der Konstruktion den Weg möglichst offen lassen. Wenn er diese Absicht auch nur bei der Fassung des § 120 I (jetzigen 170 II) kundtut, so verrät die gesamte Behandlung der §§ 169—173, insbesondere der §§ 171/72, doch, daß sie ihnen allen innewohnt. Wie verderblich diese Art der Gesetzgebung ist, verrät der Streit, der sich um die Konstruktion dieser Bestimmungen erhoben hat. Auch heute, 31 Jahre seit Inkrafttreten des B. G. B., ist ein Ende dieses Streites noch nicht abzusehen. Das ist kein Wunder, da das Gesetz nun mal besteht und eine Konstruktion sich nicht über dieses hinwegsetzen darf. Das alles muß man sich vor Augen halten, wenn es gilt, eine Konstruktion zu finden und die gefundene für das Problem der Arbeit zu verwerten.

§ 171 B. G. B.

Abs. I: Diese Bestimmung betrifft den Fall, daß jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche

[1]) Ebenso Oertmann a. a. O. § 170 Anm. 4; Warneyer a. a. O. 170, von Tuhr a. a. O. S. 406; Planck a. a. O. § 170 Anm. 2; RGK. a. a. O. § 170 Anm. 1.

[2]) S. 147.

Bekanntmachung kundgegeben hat, er habe einen anderen bevollmächtigt. Man erkennt den Unterschied gegenüber § 170. In § 170 wird die Vollmacht durch Mitteilung an den Dritten oder öffentliche Bekanntmachung erteilt, in § 171 dagegen wird nur ‹deklaratorisch› kundgegeben, daß die Bevollmächtigung bereits stattgefunden hat. Die Folge der Vollmachtserteilung in § 170 ist eine Vollmacht, die Folge der Kundgabe in § 171 soll eine „Vertretungsbefugnis" des Vertreters sein. Es fragt sich, was unter dieser Vertretungsbefugnis verstanden werden muß.

Ist der Kundgebung eine gültige Vollmachtserteilung vorausgegangen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Vertretungsbefugnis Vollmacht, und zwar dieselbe Vollmacht bedeutet, die bereits erteilt worden ist. Ist der Kundgebung irrtümlicherweise keine Vollmachtserteilung vorausgegangen, oder ist die Vollmachtserteilung aus irgend einem Grunde unwirksam, so kann unter Umständen in der Kundgebung eine nachgeholte ‹freiwillige› Bevollmächtigung gemäß § 167 liegen. Es wäre dann der Fall, wenn der Vertretene in der Kundgebung den Bevollmächtigungswillen erklären und sich auch dieses Wertes seiner Erklärung bewußt sein würde. Es kann aber auch beides fehlen und dann ist die juristische Erfassung dessen, was das Gesetz unter der Vertretungsbefugnis verstanden wissen will, nicht so fraglos zu beantworten.

Aus den Motiven erkennt man, daß der Gesetzgeber auch in diesem Fall unter Vertretungsbefugnis Vollmacht verstanden haben will[1]. Sie sagen, der Verkehr erfordere, daß — als Folge der Kundgebung — diejenige Rechtslage schlechthin eintrete, welche sich ergeben würde, wenn der Kundgebung die Bedeutung einer für sich bestehenden Vollmachtserteilung innewohnte. Eine solche für sich bestehende Vollmachtserteilung sei nicht minder dann anzunehmen, wenn ohne vorausgegangene Vollmachtserteilung an die Person, welche als Vertreter in Aussicht genommen sei, eine Kundgebung an den Dritten, mit welchem ein Rechtsgeschäft eingegangen werden soll, oder überhaupt an Dritte dahin erfolge, daß die Person Vollmacht habe, bezw. haben solle. Nach allgemeinen Grundsätzen stehe nichts entgegen, daß die Ermächtigung zur Vertretung auch in dieser Weise wirksam erteilt werde. Sie gehen also davon aus, daß die Rechtslage auf Grund der Kundgebung dieselbe sein müsse, wie nach der Vollmachtserteilung, d. h. nichts anderes, als daß auch in diesem Fall Vertretungsbefugnis Vollmacht bedeutet. Von diesem Grundgedanken ausgehend schließen sie dann richtigerweise auf das Wesen der Kundgebung und sagen, die Kundgebung könne unter diesen Umständen nichts anderes als Bevollmächtigung bedeuten. Das geht auch aus anderen Erklärungen hervor, die von der Behandlung der nach Maßgabe des § 120 I ‹171 I› und des § 121 I ‹172 I› bewirkten Kundgebung der Vollmachtserteilung als selb-

[1] S. 237/38.

ständiger Bevollmächtigung reden und die ausführen: sei die gegenüber dem Dritten erfolgte Kundgebung der Vollmachtserteilung als eine selbständige Bevollmächtigung aufzufassen, so sei — — usf.[1]). Auch wir halten diese Ansicht für richtig, denn uns erscheint es unmöglich, unter den Begriff der Vertretungsbefugnis des Absatz 1 etwas Verschiedenes und anderes als Vollmacht zu verstehen. Ihr Rechtscharakter ist der gleiche, sei es, daß der Kundgebung eine rechtswirksame Bevollmächtigung vorausgegangen ist, sei es, daß eine solche noch nicht vorausgegangen ist. Sie bedeutet in allen Fällen auf dem Willen des Vertretenen ‹Kundgebenden› beruhende Vertretungsmacht. Legt man diesen Gedanken zugrunde, so ist die logische Folge, daß die Kundgebung eine Bevollmächtigungserklärung darstellt.

Nicht allein diese Gründe sind es, die eine Vollmacht anzunehmen berechtigen. Vielmehr sind dafür auch dieselben Gründe anzuführen, die in den §§ 169, 170 zu der Annahme einer Weiterbevollmächtigung, demzufolge einer Vollmacht führten. Mit der Kundgabe legt der Vertretene ein Verhalten an den Tag, aus dem Gutgläubige nach Treu und Glauben schließen dürfen, daß, falls eine Bevollmächtigung in Wirklichkeit nicht vorausgegangen ist, damit eine solche stattfinden sollte. Es liegt ein schlüssiges Verhalten des Vertretenen vor und der Gutgläubige darf darauf vertrauen, da von ihm nicht verlangt werden kann, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob der Kundgabe eine Bevollmächtigung auch vorausgegangen ist. Darin läge eine ungeheuerliche Erschwerung des Verkehrs. Ist der Kundgebung keine Bevollmächtigung vorausgegangen, so wird der Dritte zum wenigsten meist mit dem entsprechenden Willen des Vertretenen rechnen dürfen, d. h. wird der Vertretene, falls er den wirklichen Sachverhalt erfahren würde, meist den entsprechenden Bevollmächtigungswillen haben. Hat er ihn aber nicht gehabt und gibt trotzdem kund, daß er einen anderen bevollmächtigt habe — etwa in der irrtümlichen Annahme, es sei der Fall —, so würde darin wieder eine Nachlässigkeit zu erblicken sein, die angesichts der Bedeutung des Gutglaubensschutzes auch hier meist einem Verschulden gleichgesetzt werden muß und deshalb von dem Gesetz unwiderleglich angenommen wird.

Rechtssystematisch sei festgestellt: Es liegt wiederum ein für eine Bevollmächtigung schlüssiges Verhalten des Vertretenen vor, eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung. Ist sich der Vertretene dieses Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt, will er aber das Erklärte nicht, so liegt eine reservatio mentalis vor, ist er sich dieses Erklärungswertes nicht bewußt — was wiederum meist anzunehmen sein wird — oder weiß er noch nicht einmal, daß er überhaupt ein schlüssiges Verhalten an den Tag legt, so wird dieses mangelnde Bewußtsein auf derselben Nachlässigkeit beruhen, auf

[1]) S. 238.

der das Verhalten beruht. Es muß sich daher auch der Vertretene gefallen lassen, daß seinem Verhalten Erklärungswert und Erfolgswille beigelegt wird, er somit durch die Kundgabe eine Bevollmächtigung erklärt. Hervorzuheben ist nur, daß es nicht der freiwillig erklärte Wille des Vertretenen ist, der die Vollmacht begründet, sondern der erwähnte und noch näher zu besprechende („gesetzliche").

Unserer Ansicht am nächsten kommen diejenigen, die unter der Vertretungsbefugnis stets Vollmacht — allerdings auf freiwillig erklärtem Willen beruhende — verstehen. [1] So führt Hölder aus: Meine Kundgebung, daß ich einen anderen bevollmächtigt habe, ist, wenn ich ihn noch nicht bevollmächtigt hatte, nichts anderes als Bevollmächtigungserklärung an den Dritten. Im gleichen Sinne führt R. Leonhard aus, die Protokolle machten nicht ganz klar, ob man die Mitteilung an den Dritten, daß hierdurch ein anderer ihm gegenüber bevollmächtigt werde, von der Mitteilung, daß dieser bereits früher bevollmächtigt sei, unterscheiden wollte. Seines Erachtens schlösse entweder die letztere immer auch die erstere in sich oder die letztere betreffe eine abgetane Angelegenheit und sei daher ohne rechtliche Bedeutung. Mangels besonderer Begründung durch diese Schriftsteller ist anzunehmen, daß sie in der Kundgebung bezw. Mitteilung eine Bevollmächtigung gemäß § 167 erblicken. Wie oben ausgeführt, ist das möglich, aber nicht notwendig der Fall. Die Beantwortung der Frage aber, wie dann zu entscheiden ist, wenn die Voraussetzungen des § 167 nicht vorliegen, bleiben diese Schriftsteller schuldig.

Auch die Meinung der Schriftsteller muß abgelehnt werden, die sagen, es bestehe im Falle der Kundgebung des § 171 nur die Wirkung einer Vollmachtserteilung. Deren Wirkung kann dann nicht vorliegen, wenn ihre Ursache, d. h. diejenigen des § 167 nicht vorliegen [2]. Endlich kann die Bemerkung eines Schriftstellers nicht befriedigen, der ausführt, bei Erforschung des wirklichen Willens (§ 133 B. G. B.) könne man in der Kundgebung auch in unseren Fällen stets eine Willenserklärung gemäß § 167 finden, weil der Vertretene bei Kenntnis der Sachlage beides haben würde. Es lassen sich sehr wohl Fälle denken, wo der Vertretene bei Kenntnis der Sachlage Erfolgswillen und Kundgebungsbewußtsein nicht haben, also eine Erklärung überhaupt nicht abgeben würde. Unklar ist es auch, wenn andere [3] behaupten, in der Kundgebung sei dann, wenn eine Bevollmächtigung nicht vorausgegangen sei, eine besondere Art der Vollmachtserteilung zu erblicken. Ein Hinweis auf § 167 muß

---

[1] Hölder § 171, R. Leonhard S. 320, insbes. Anm. 3, Rehbein S. 265, anscheinend auch Cosack S. 262 II.

[2] Kipp a. a. O. S. 362, anscheinend auch Cosack S. 262 II.

[3] Kohler (Lehrb.) § 193/II, auch Enzyklop. I S. 599, Endemann § 81 Anm 14, Crome § 104 Anm. 15, Kuhlenbeck § 171 Anm. 1, Landsberg § 63 I, deren Ansicht sich im übrigen kaum von derjenigen Hölders etc. (oben S. 52) unterscheiden läßt.

genügen, um zu erkennen, daß auch diese Ansicht nicht haltbar ist. § 167 bestimmt, die Erteilung der Vollmacht erfolge durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll. Eine Erteilung der Vollmacht durch Kundgebung ist demnach nicht genannt und muß, da die Regelung des § 167 eine ausschließliche ist, als eine „besondere" abgelehnt werden.

Die Vertretungsbefugnis kann auch nicht als Vertretungsmacht kraft Gesetzes bezw. gesetzliche Vertretungsmacht, was dasselbe bedeutet, angesehen werden [1]). Als gesetzliche Vertretungsmacht haben wir nur die Vertretungsmacht kraft Amtes kennen gelernt. Eine solche liegt hier ebenso wenig vor wie in § 170 und die Gründe, die dort zur Ablehnung geführt haben, sind hier in gleicher Weise maßgebend.

Endlich muß es abgelehnt werden, unter der Vertretungsbefugnis, wenn eine Bevollmächtigung nicht vorausgegangen ist, eine Scheinvollmacht zu verstehen [2]). Es gelten hier wiederum dieselben Gründe, die bei Besprechung des § 170 angeführt worden sind [3]). Oertmann führt als Grund dafür, daß er, der im übrigen den Begriff der Scheinvollmacht anerkennt, hier Gegner dieses Begriffes ist, an, der Eintritt dieser Vertretungsmacht — gemeint ist die Vertretungsbefugnis des § 171 I — sei hier im Gegensatz zu Absatz II und den §§ 170, 172 vom guten Glauben des Dritten nicht abhängig. Er verweist dabei auf § 173, wo § 171 I geflissentlich nicht erwähnt werde. Daraus folgert er, daß es sich hier um keine blosse Schutzbestimmung für den guten Glauben, sondern um die Entstehung einer wirklich objektiv bedeutsamen, nach seiner Ansicht „gesetzlichen" Vertretungsmacht handelt. Es ist unverständlich, wie die Rechtsnatur der Vertretungsmacht von dem guten Glauben eines Dritten abhängig und noch unverständlicher, wie diese Rechtsnatur in den in Betracht kommenden Fällen überhaupt verschieden sein kann, wenn man bedenkt, daß die Voraussetzungen für diese Vertretungsmacht in der Person des Vertreters und, was die Hauptsache ist, in der Person des Vertretenen, dieselben sind, sobald ein freiwillig erklärter Bevollmächtigungswille die Vertretungsmacht nicht oder nicht mehr stützt. Die Ansicht von Oertmann beweißt nur, wie wenig klar der Begriff der Scheinvollmacht und wenig klar die Trennung zwischen gesetzlicher Vertretungsmacht und Scheinvollmacht ist. Das ist es aber auch gerade, was uns zwingt, einen anderen Weg zu suchen. Wie oben

[1]) Gesetzliche Vertretungsmacht nehmen an: Isay S. 231, Zitelmann ⟨Recht des B. G. B.⟩ S. 121, ⟨Rechtsgeschäfte⟩ S. 98 ff., Biermann S. 110, v. Tuhr III S. 383, zum wenigsten hinsichtlich des § 171 I auch Oertmann § 171 I a αβγγ

[2]) Scheinvollmacht nehmen an: v. Seeler, S. 19 ff., 39, 41 ff., Goldberger S. 41, 42, H. Meyer ⟨Publizitätsprinzip⟩ S. 95, Wellspacher a. a. O. und die oben genannten.

[3]) Oben S. 42 ff., gegen den Begriff der Scheinvollmacht auch Rosenberg S. 541, Oertmann § 171 a βγγ

dargelegt, erscheint es uns richtiger, alle diese Vollmachten gleich zu behandeln und auf eine schlüssige ‹stillschweigende› Weiterbevollmächtigung zu stützen. Daß aber für sie in diesen Fällen der gute Glaube des Dritten von Bedeutung ist, wird aus folgendem zu erkennen sein. Das Gesetz würde, wenn man der Ansicht Oertmanns folgen wollte, einem schlechtgläubigen Dritten Schutz angedeihen lassen; das wäre etwas so Außergewöhnliches, daß man eine solche Regelung nicht als vom Gesetzgeber beabsichtigt annehmen darf. Etwas anderes wäre es, wenn besondere Gründe für eine derartige ausnahmsweise Regelung vorhanden wären, aber auch das kann nicht behauptet werden.[1] Man wird vielmehr annehmen dürfen, daß, auf das Entstehen der Vollmacht in den §§ 171/72 I die allgemeinen Regeln über die Folgen der Schlechtgläubigkeit, wie man sie aus der Gesamtheit der Bestimmungen des Gesetzes zu gewinnen vermag, Anwendung finden. Danach versagt das Gesetz nur seinen Schutz, wo die fragliche Person die wahre Rechtslage kennt oder kennen muß. Man könnte auch eine entsprechende Anwendung des §§ 173 auf die §§ 171/72 I bejahen und zwar mit der Begründung: In § 173 hat der Gesetzgeber nur das Fortbestehen einer Vollmacht regeln wollen, während er bezüglich ihres Entstehens aus Gründen konstruktioneller Freiheit in Wissenschaft und Rechtsprechung von einer Regelung abgesehen hat. Uns erscheint letzteres jedenfalls im Hinblick auf die ganze Art der Vollmachtsregelung im B. G. B., auf die bereits oben hingewiesen ist, ebenfalls unbedenklich. Auf jeden Fall aber kann man aus § 173 einen Umkehrschluß auf das Entstehen der Vollmacht nicht gewinnen.[2] Den Vorwurf der Unbilligkeit gegenüber dem Dritten brauchen wir uns mit dieser Ansicht nicht machen zu lassen.[3] Die Gegenseite ‹siehe Enneccerus› vermag nicht zu begründen, warum sich der Dritte auf eine ihm zugehende Erklärung, die Vollmacht sei erteilt, — auch unter diesen Verhältnissen — verlassen müsse.

Absatz II: Nach Absatz II des § 171 soll die „Vertretungsmacht" bestehen bleiben, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird.

Auffällig ist, daß der Gesetzgeber hier nicht von Fortbestehen der Vollmacht, sondern Fortbestehen der Vertretungsmacht redet. Dieser Umstand ist daher zu erklären, daß der Gesetzgeber, worauf bereits hingewiesen worden ist, der Konstruktion den Weg möglichst offen lassen wollte. Er wählte deshalb für Vertretungsbefugnis den allgemeinen Ausdruck „Vertretungsmacht", der allgemein deshalb ist, weil er einen Hinweis auf seine Grundlage — freiwillig erklärten oder erschlossenen Willen des Vertretenen — nicht enthält. Es kann aber auch hier die Vertretungsmacht nur dieselbe sein, die

[1] Siehe dazu auch v. Seeler S. 42.

[2] Siehe auch v. Seeler S. 42, 43, Hupka S. 225, Kipp ‹Ztschr. H. R.› S. 216, R. G. 52 S. 99.

[3] Anders Enneccerus I § 171 Anm. 13.

wir unter der Vertretungsbefugnis des Absatz I verstanden haben. Das ergibt sich zwingend daraus, daß der Unterschied zwischen Absatz II und Absatz I nur darin besteht, daß Absatz I das Entstehen, Absatz II das Fortbestehen regelt. Wie wir oben erkannt haben, ist aber die entstehende und die fortbestehende Vertretungsmacht ihrem Wesen nach dieselbe; sie ist in jedem Fall nicht auf freiwillig und ausdrücklich erklärter, sondern auf schlüssig ⟨stillschweigend⟩ erklärter Bevollmächtigung beruhende Vollmacht. Es kann demnach die Vertretungsmacht des Absatz II nichts anderes als Vollmacht und zwar dieselbe, die wir unter der Vertretungsbefugnis des Absatz I verstanden haben, bedeuten.

Im übrigen bietet die Bestimmung nichts neues. Es fallen unter sie zwei Hauptanwendungsfälle: Entweder es hat niemals freiwillig erklärte Vollmacht bestanden, dann bleibt die gemäß Absatz I entstandene Vertretungsmacht bestehen, bis der Widerruf erfolgt. Erst mit diesem Widerruf zerstört der Vertretene sein schlüssiges ⟨stillschweigendes⟩ Verhalten und der Dritte darf auf eine Vollmacht des Betreffenden nicht mehr vertrauen. Da nun der Schluß des Dritten auf die Bevollmächtigung für den Bestand der Vollmacht maßgebend war, ist es verständlich, daß der Widerruf der Kundgebung auf dieselbe Weise erfolgen muß, wie die Kundgebung seinerzeit erfolgt ist; denn erst dann ist der Schluß des Dritten kein berechtigter mehr. Handelt nunmehr der Dritte im Vertrauen auf eine Vollmacht des Betreffenden, so handelt er zum wenigsten fahrlässig, denn man kann von ihm ein Wissenmüssen über das Nichtbestehen der Vollmacht annehmen. Er muß dann auch für die Folgen seines schuldhaft falschen Schlusses einstehen.[1] Handelt er indessen nicht fahrlässig, so wird er sich an dem falsus prokurator ⟨§ 179⟩ halten können. Oder es ist der Kundgebung eine Bevollmächtigung vorausgegangen und die darauf bestehende ⟨fr. erkl.⟩ Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten widerrufen oder sonst erloschen. Dann liegt wiederum in dem unterlassenen Widerruf der Kundgebung und in dem darin liegenden Verhalten gegenüber Dritten eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung durch den Vertretenen, für die er einzustehen hat, da – abgesehen von dem Fall des § 116 B. G. B. – dann seine Unkenntnis über den Erklärungswert seines Verhaltens aus denselben Gründen wie oben auf Nachlässigkeit beruhen muß, für die er einzustehen hat.

Andere nehmen wiederum eine Scheinvollmacht an, wenn der Vertretene gegenüber dem Vertreter die Widerrufserklärung abgegeben hat.[2] Dieser Ansicht muß dasselbe wie oben erwidert werden. Bezeichnend für das Widerspruchsvolle und Unklare in ihr sind die Erklärungen von Oertmann,[3] der ausführt, in den

[1] Im übrigen sei auf die jur. Erfassung des Abs. I verwiesen.
[2] von Seeler S. 37 ff., Oertmann § 171 unter 2.
[3] § 171 unter 2 e.

Fällen des Abs. II überwiege die Auffassung einer bloßen Scheinvollmacht im Sinne v. Seelers: Die Vollmacht, ja überhaupt die Vertretungsmacht, bestehe an sich nicht mehr — wie könne sonst auch § 173 eine Kenntnis von deren Erloschensein als möglich unterstellen! — aber dem gutgläubigen Dritten gegenüber werde sie als eine ⟨noch⟩ bestehende behandelt. Man frage sich, was in diesem Zusammenhang unter dem „an sich" verstanden werden kann. Entweder sie ist erloschen oder sie ist nicht erloschen, ein Mittelding ist unmöglich. Bezüglich der Ansicht von Hellwig [1]⟩, es bestehe eine bloße Vertretungsmacht ohne Vertretungsbefugnis, auch derjenigen von Hölder [2]⟩ und Enneccerus [3]⟩, die ohne Rücksicht auf ein etwaiges „Erlöschen" die Vollmacht, so wie sie begründet worden ist, fortbestehen lassen wollen, bis die Kundgebung widerrufen worden ist, sei ebenfalls auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen.

§ 172 B. G. B.

Abs. I: In § 172 stellt das Gesetz der Kundgebung des § 171 die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde seitens des Vertretenen an den Vertreter in Verbindung mit deren Vorlage durch den Vertreter gegenüber dem Dritten gleich. Die Konstruktion muß demnach die gleiche wie in § 171 sein: Mit der Aushändigung und Vorlage besteht wiederum Vertretungsbefugnis. Geht der Aushändigung eine Vollmachtserteilung voraus, oder soll nach dem Willen und Bewußtsein des Vertretenen in der Aushändigung der Urkunde an den Vertreter und deren Vorlage gegenüber Dritten zugleich eine Bevollmächtigung diesem gegenüber liegen, so bedeutet die Vertretungsbefugnis rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht gemäß 166 II. Ist beides nicht der Fall, so bedeutet Aushändigung und Vorlage mit Rücksicht auf die Schlüssigkeit dieser Vorgänge für das Verhalten des Vertretenen stillschweigende Vollmachtserteilung und die daraus entstandene Vertretungsbefugnis erschlossene Vollmacht. Es wird auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen. Den Gegenmeinungen sei dasselbe erwidert wie oben. Die Frage ist hier nur noch, wann nach dieser Bestimmung die Voraussetzungen für eine stillschweigende Bevollmächtigung erfüllt sind.

Unter einer „Vollmachtsurkunde" ist jede schriftliche Erklärung des Vertretenen des Inhalts zu verstehen, daß ein anderer ⟨der Vertreter⟩ Vollmacht habe. Es fragt sich, ob der Urkunde die Zweckbestimmung der Vorlage gegenüber Dritten innewohnen muß. Nach den Motiven [4]⟩ trifft dies zu. Sie setzen sogar voraus, daß die Urkunde zum Zwecke des Nachweises der Vollmacht gegeben ist. Das scheint auch der Sinn des § 172 zu sein, wo von dem festen Begriff der „Vollmachtsurkunde", deren Aushändigung und

[1]⟩ ⟨Lehrb.⟩ S. 408, 459.
[2]⟩ § 171.
[3]⟩ I § 174.
[4]⟩ S. 239 unter b.

Vorlage die Rede ist. Demnach ist eine Vollmachtsurkunde: jede schriftliche Erklärung des Vertretenen des Inhalts, daß ein anderer Vollmacht habe, wenn sie zu dem Zweck der Vorlage an einen Dritten ausgestellt und hingegeben ist. Würde diese Zweckbestimmung nicht wesentlicher Inhalt der Urkunde sein, so würde jede gelegentliche Mitteilung des Vertretenen an den Vertreter darüber, daß er Vollmacht besitze, von letzterem als Vollmachtsurkunde ausgebeutet werden können, auch wenn ein Widerruf der Vollmacht schon längst erfolgt ist. Es wäre dann auch hier der Dritte zu schützen. Dieser Schutz würde aber gegenüber dem Vertretenen, der gar keine Veranlassung hatte, die gelegentliche Mitteilung zurückzunehmen, ein viel zu weitgehender sein. Man kann nicht verlangen, daß der Vertretene jede Mitteilung dieser Art in seiner Erinnerung behält, und denke nur an die Fälle, wo sie nebenbei in einem Brief gemacht wird. Man pflegt derartige Briefe nicht zurückzuverlangen. Man kann vielmehr Erinnerung an die Mitteilung und sofortiges Zurückverlangen derselben von dem Vertretenen nur fordern, wenn die Mitteilung erfolgt ist mit dem Zwecke, der Vorlage gegenüber Dritten zu dienen, wenn sie nicht nur an den Vertreter, sondern – vor allem — an die Außenwelt gerichtet war. Richtung nach außen ist auch der Sinn der Gleichstellung mit der Mitteilung an einen Dritten oder der öffentlichen Bekanntmachung gemäß § 171 I. [1]

Eine weitere Frage wird sein, ob zur Vorlage und deren Wirkung die Originalurkunde erforderlich ist, oder ob eine Abschrift als genügend angesehen werden kann. Schon daraus, daß auch die Abschrift nicht zur Vorlage bestimmt ist, bei ihr also ein wesentliches Erfordernis der Vollmachtsurkunde fehlt, erkennt man, daß in ersterem Sinne entschieden werden muß. Es kommt hinzu, daß der Vertreter sich beliebig viele Abschriften von der Originalurkunde machen lassen kann, von deren Vorhandensein der Vertretene noch nicht einmal Kenntnis hat, die er infolgedessen auch nicht zurückverlangen kann, wenn die Vollmacht erlischt. Außerdem wird eine Abschrift nur darlegen können, daß eine Bevollmächtigung früher einmal stattgefunden hat, nicht aber, daß sie noch in dem Augenblick der Vorlage der Abschrift besteht. Aus allem ergibt sich, daß eine Abschrift, und das gilt auch für die beglaubigte Abschrift, nicht genügen kann, um die Wirkungen des § 172 zu erzeugen. [2]

Nach dem Gesetz soll Vertretungsbefugnis dann vorliegen, wenn der Vertretene die Urkunde dem Vertreter „ausgehändigt" und dieser sie vorgelegt hat. Man muß hier den Ausdruck „aus-

[1] Ebenso Enneccerus I § 174 Anm. 4, Goldberger S. 53, 54, mit beachtlichen Gründen auch Hupka S. 167, Windscheid S. 359, anders Hölder § 172 (1).

[2] Ebenso Enneccerus I § 174 Anm. 5, Hupka S. 429 Anm. 1, Biermann S. 116, Goldberger S. 55 und die dort angegebenen Entscheidungen der OLG., anders Eck S. 186 und Josef S. 634 ff., vergl. deren Widerlegung durch Goldberger S. 55, Anm. 6.

händigen" wörtlich nehmen und unter ihm ein „aus der Hand geben" verstehen, d. h. ein bewußtes und gewolltes Geben des Vertretenen und Nehmen des Vertreters. Anders kann es das Gesetz nicht verstanden haben, da es sonst nicht neben dem Vorlegen ein Aushändigen verlangt hätte. Die Folge davon ist, daß Vertretungsbefugnis dann nicht vorliegt, der Dritte also keinen Schutz erfährt, wenn die Urkunde ohne Wissen und Willen des Vertretenen in die Hände des Vertreters gelangt ist. Es ist zu weitgehend, wenn v. Seeler ausführt, es trage derjenige, der eine Urkunde ausstelle, die Gefahr dafür, daß Mißbrauch getrieben würde, z. B. wenn sie abhanden gekommen sei. Man darf in dem Bestreben, den Dritten zu schützen, nicht die Interessen des Vertretenen außer Acht lassen und dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwiderhandeln. Es ist oben festgestellt, daß die Urkunde nach außen gerichtet sein muß, wenn sie die entsprechenden Wirkungen erzeugen soll. Dieses Wesen wird ihr aber erst dann innewohnen, wenn der Vertretene sie selbst in diese Richtung gebracht hat, d. h. aus seinen Händen gegeben hat. Der Ausdruck des Gesetzes muß also grundsätzlich seinem Wortlaut entsprechend ausgelegt werden, und es kann der Schluß auf eine Bevollmächtigung noch nicht gerechtfertigt erscheinen, solange der Vertretene die Urkunde in seinem Besitz hat oder, falls er sie nicht mehr in seinem Besitz hat, wenn sie ihm wider Willen weggenommen, oder wenn sie ihm verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. [1])

Die Ansicht v. Seelers ⟨siehe Anm. 1⟩ läßt sich — zu wenigstens in diesem Umfang, wie wir sehen werden, und vor allem im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut — nicht rechtfertigen. Daselbe gilt für Isay, der zwar nicht von einem Rechtsschein spricht, aber dasselbe meint, wenn er ausführt, Vollmacht liege auch dann vor, wenn ein „objektives Moment" gegeben sei, das für den jeweiligen Fall der Geschäftsführung typisch, normalerweise in seinem Bestande auf dem Willen des Geschäftsherrn zu beruhen pflege."

Man wird nur insoweit den Wortlaut des Gesetzes weiter fassen müssen, als es auf dem Verschulden des Vertretenen beruht, daß er die Urkunde verloren hat, oder daß sie ihm gestohlen oder sonst abhanden gekommen ist, z. B. wenn der Vertretene die Urkunde in einem dem Publikum jederjeit zugängigen Raum, etwa der Rechtsanwalt in seinem Warte- oder Sprechzimmer, unbeachtet hat umherliegen lassen. Hier wird es sich wiederum der Vertretene gefallen lassen müssen, daß aus seinem gesamten Verhalten auf eine Bevollmächtigungserklärung geschlossen werden darf und er sich nicht darauf berufen kann, er habe den Erklärungswert seines Verhaltens nicht gekannt oder sei sich seines Verhaltens überhaupt nicht bewußt gewesen. Unkenntnis des Erklärungswertes und

[1]) Nicht unrichtig ist es daher, wenn Wellspacher S. 86 und Goldberger S. 58 auf die Rechtslage im § 935 B. G B. vergleichend hinweisen — anders: Isay S. 232, 239, v. Seeler S. 40/41.

mangelndes Bewußtsein seines Verhaltens mit dessen schlüssigen Inhalt findet ihre Grundlage wiederum in dem Verschulden, für das der Vertretene einzustehen hat. Die Konstruktion wird dann wieder die gleiche sein, wie wir sie erkannt haben.

Soll ein Schutz des Dritten nicht in Frage kommen, wenn der Vertretene die Urkunde nicht ausgehändigt hat, so kann noch weniger ein Schutz gewährt werden, wenn sie noch nicht einmal von dem Vertretenen stammt, d. h. wenn sie gefälscht ist.[1] Hat der Vertretene aber dem Vertreter eine Blankovollmachtsurkunde ausgehändigt, so hat er damit doch zum wenigsten nach außen schon soweit eine Handlung vorgenommen, daß alle Anzeichen einer Willensäußerung vorliegen, bei der lediglich die Bestimmung des von ihrem Inhalt Betroffenen noch fehlt. Da nun diese Bestimmung nicht nur von dem Vertretenen getroffen werden kann, sondern auch von jedem beliebigen anderen, z. B. dem Vertreter, indem er die Urkunde ausfüllt, und sie dann einer von dem Vertretenen voll ausgefüllten gleichgesetzt werden muß, um den gutgläubigen Dritten zu schützen, muß es sich der Vertretene gefallen lassen, daß aus dem Inhalt der Urkunde der rechtsgeschäftliche Wille erschlossen wird.[2]

Als letztes, und das betrifft nicht die Person des Vertretenen, d. h. deren Verhalten, sondern diejenige des Dritten, d. h. dessen guten Glaubensschutz, erfordert der § 172 I, daß die Vollmachtsurkunde dem Dritten auch „vorgelegt" werde. Wenn diese Erklärungen auch dem Abschnitt VI c vorausgreifen, so soll das mit Rücksicht auf den Zusammenhang mit der hier zur Besprechung stehenden Bestimmung geschehen. Was unter der Vorlage zu verstehen ist, bedarf keiner weiteren Klarstellung. Eine solche ist nur bezüglich der Frage notwendig, ob die Vorlage bei Abschluß eines jeden Rechtsgeschäftes zu geschehen hat, oder ob es genügt, wenn sie einmal erfolgt ist, evtl. später der Vertreter bei Geschäften mit derselben Person auf sie bezug nimmt. Nach den Motiven[3] genügt es, wenn der Bevollmächtigte die Urkunde dem Dritten überhaupt vorgelegt hat; nicht nötig sei die Wiederholung der Vorlegung bei dem Abschlusse etwaiger späterer Rechtsgeschäfte. Nach den Protokollen[4] dagegen wurde bei der zweiten Lesung des Entwurfs des B. G. B. „erwogen", daß der Vollmachtgeber zwar nicht diejenigen Personen von der erfolgten Zurückgabe der Urkunde benachrichtigt haben müsse, welchen der Bevollmächtigte die Vollmacht ‹Urkunde› vorgezeigt habe, daß aber andererseits dem Dritten nicht zuviel geschehe, wenn von ihm angenommen werde, sich bei Vornahme späterer Rechtsgeschäfte die Vollmacht wiederholt vorlegen zu lassen; unterlasse er dies, so handele er auf eigene Gefahr. Da die Abfassung

[1] Biermann S. 116, Hupka S. 174, Endemann S. 405 Anm. 18, Planck § 172, Staudinger Nr. 5 zu den §§ 171/72.

[2] Im Ergebnis ebenso Biermann S. 116, Goldberger S. 58.

[3] S. 239.

[4] S. 149.

der Protokolle zeitlich nach derjenigen der Motive liegt, ist erkenntlich, daß dem B. G. B. der Gedanke zugrunde gelegt worden ist, die Vorlage der Urkunde bei Abschluß eines jeden Rechtsgeschäfts zu verlangen. Dafür spricht denn auch der Wortlaut des Gesetzes. Das ist nicht zu verwundern, man muß bedenken, daß der Vertreter nach Rückgabe der Urkunde nur dann noch — wenn auch nur in der Vorstellung des Dritten — ein Vertretergeschäft mit dem Dritten abschließen kann, wenn er ihm vorspiegelnd versichert, er habe noch Vollmacht. Diese Versicherung allein genügt aber nach dem, was wir bisher — in den §§ 170—172 — gesehen haben, nicht, dem Dritten Schutz zu gewähren. Dafür ist die Sorglosigkeit des Dritten zu groß. Es müssen zu der Versicherung des Vertreters noch gewisse Anhaltspunkte hinzutreten, durch die sie gestützt wird, aus denen man, ohne den Vorwurf der Sorglosigkeit gemacht zu bekommen, den Fortbestand der Bevollmächtigungserklärung des Vertretenen und deshalb der Vollmacht, oder den Bestand beider Momente als einzelne, entnehmen kann, sei es, daß die Bevollmächtigung in der vorher wirklich stattgefundenen Erklärung gegenüber dem Dritten gemäß § 167, sei es, daß sie in einer Kundgebung gemäß § 171 oder eben in einer Vollmachtsurkunde, die vorgelegt wird, erblickt werden kann. Ist ein solcher Anhaltspunkt — daß es noch andere sein können, wird sich aus dem Abschnitt IV ergeben — nicht vorhanden, muß der Dritte die Folgen seiner Sorglosigkeit tragen und seinen Glauben dort suchen, wo er ihn gelassen hat. Dabei wird man aus Billigkeitsgründen auch angesichts der durch die dauernde Vorlage der Urkunde hervorgerufenen Erschwerung des Verkehrs bleiben müssen. Diese kann außerdem nach Lage der Sache im Einzelfall nicht allzu groß sein.[1] Unberechtigt ist es aber, wenn einige[2] behaupten, jedesmalige Vorlage sei nicht notwendig und zwar ebensowenig notwendig, wie man bei der öffentlichen Bekanntmachung des § 171, welcher die Aushändigung und Vorlage einer Vollmachtsurkunde gleichgestellt sei, eine jedesmalige Bestätigung verlangen könne. Das ist hier insofern etwas anderes, als der Dritte viel eher in der Lage ist, von dem Widerruf der öffentlichen Bekanntmachung zu erfahren, der, wenn er wirksam sein soll, auch öffentlich erfolgen muß, also die wirkliche Rechtslage zu kennen, als von der Rücknahme der Urkunde, die sich ebenso intern wie die Aushändigung vollzieht. Hier muß also immer wieder von neuem nach außen kundgegeben werden, und wenn der Dritte ohne diese Kundgebung mit dem angeblichen Vertreter Rechtsgeschäfte abschließt, so muß er für die Folgen einstehen. Dasselbe meinen wohl auch die Gegner, wenn sie darlegen: weil mit der Rückgabe der Urkunde der dem Dritten gewährte Schutz endige (§ 172 II), würde auch der Dritte, der ja nicht wissen könne, ob nicht etwa die Rückgabe erfolgt

[1] So auch Hupka, S. 171 ff., Goldberger S. 59 ff.

[2] Staudinger Vorbem. 5 zu §§ 171/72, Biermann S. 129, Endemann S. 405 Anm. 1, Oertmann § 172 (1 c β) und die dort angegebene Literatur.

sei, wenn er vorsichtig sei, sich vom Vertreter beim neuen Anlasse nicht auf die früher vorgelegte Urkunde verweisen lassen, sondern erneute Vorlage verlangen. [1] Zum wenigsten aber müßten sie die hier vertretene Ansicht als logische Folgerung dieses Satzes anerkennen. Um auch dem Dritten entgegen zu kommen und nicht zu einseitig zu sein, soll aber mit Hupka [2] zugegeben werden, daß es genügt, wenn die Urkunde im Rahmen der auf den Abschluß eines Geschäfts hinzielenden Vorverhandlungen und des später erfolgten Abschlusses selbst einmal vorgelegt wird. Werden aber die Verhandlungen unterbrochen und darauf wieder fortgesetzt oder ein ganz neues Rechtsgeschäft begonnen, so wird erneute Vorlage zu fordern sein.

Endlich wird man ebensowenig die bloße Verweisung des Vertreters auf eine in seinem Besitz befindliche Vollmachtsurkunde als der „Vorlage" genügend ansehen können. [3] Nach dem Reichsgericht vom 22. 4. 1925 ist es noch nicht einmal genügend, wenn sich die Urkunde im Besitz des beurkundeten Notars befunden hat.

Abs. II: Nach Absatz II bleibt ebenso wie in § 171 II die Vertretungsmacht, d. h. wie wir erkannt haben, die „Vertretungsbefugnis" (= Vollmacht) des Abs. I bestehen. Es ist dies hier der Fall, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt worden ist. Die Rechtslage ist — auch in Verbindung mit § 173 — dieselbe wie in §§ 170/71, auch ist die Verteilung der Ansichten dieselbe. Es sei daher auf die Behandlung dieser Frage in dem Vorangehenden nur verwiesen.

§ 173 B. G. B.

Eine besondere Behandlung des § 173 ist nicht notwendig, weil alle mit ihm in Verbindung zu bringenden Fragen des Problems bereits bei Besprechung des §§ 170–172 beantwortet worden sind.

Ergebnisse.

Zusammenfassend sei nunmehr festgestellt:

1) Dort wo das Gesetz von dem Fortbestehen einer erloschenen Vertretungsmacht redet, läßt es erloschen sein den Willen des Vertretenen, soweit er als freiwillig erklärter die Vertretungsmacht stützte, und läßt fortbestehen die Vertretungsmacht, gestützt nunmehr auf einen notwendigen, erschlossenen Willen des Vertretenen. Es läßt demnach fortbestehen „Willensvertretungsmacht".

Wo das Gesetz schlechthin von dem „Bestehen" einer Vertretungsmacht redet, worunter auch das Entstehen bezw. Fortbestehen rechnet, läßt es ebenfalls „Willensvertretungsmacht" bestehen.

---

[1] So Staudinger Anm. 5 zu §§ 171 72, ähnlich Endemann S. 405 Anm. 1.
[2] S. 173.
[3] So Enneccerus I § 174 Anm. 5 und die dort angeführte R. G. E. 56 S. 63 ff., auch R. G. 88 S. 430 ff.

2) Der tiefere Grund dieser Regelung ist ein auf Bevollmächtigung deutendes Verhalten des Vertretenen, auf das der gutgläubige Dritte vertrauen darf, weil es auf Nachlässigkeit beruht. Nachlässigkeit aber bedeutet hier soviel wie Verschulden, da gegenüber dem Erfordernis des Gutglaubensschutzes höchste Anforderungen an den Vertretenen gestellt werden müssen.

3) Rechtssystematisch bedeutet das Verhalten des Vertretenen eine stillschweigende Weiterbevollmächtigungserklärung bezw. in den §§ 171/72 I eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung. Ist sich der Vertretene dieses Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt und ändert er das Verhalten nicht, so ist ein geheimer Vorbehalt des Vertretenen anzunehmen (§ 116 B. G. B.) Ist er sich dessen nicht bewußt oder weiß er noch nicht einmal, daß er ein schlüssiges Verhalten an den Tag legt, weswegen er sich naturgemäß dann ebenfalls des Erklärungswertes dieses Verhaltens nicht bewußt sein kann, so muß er sich gefallen lassen, daß seinem Verhalten Erklärungsbewußtsein und Erfolgswille beigelegt wird, da deren Fehlen mit der gleichen unwiderleglichen Vermutbarkeit auf Nachlässigkeit und zwar auf derselben „Nachlässigkeit" beruht, die wir schon unter Nr. 2 als den tieferen Grund für das Fortbestehen bezw. Entstehen ungewollter Vertretungsmacht bezeichnet haben.

4) Das Verhalten des Vertretenen ist für den Schluß auf die Bevollmächtigung maßgebend.

IV. Die gesetzlichen Tatbestände, die das Problem nur mittelbar enthalten.

Bei Besprechung der §§ 171/72 B. G. B. haben wir erkannt, daß deren Absatz I für das Entstehen, Absatz II für das Fortbestehen einer Vertretungsmacht von Bedeutung sind. Andere Bestimmungen der Gesetze trennen nicht so scharf zwischen beidem, sondern, reden nur von einem „Bestehen". Man muß unter sie aber beides unterordnen und wird erkennen, daß sie für die Erkenntnis des Problems wesentliches beitragen.

§§ 370, 701 II B. G. B.

§ 370: Nach § 370 gilt der Ueberbringer einer Quittung als ermächtigt, die Leistungen zu empfangen. Der Schuldner soll durch Leistung an den Ueberbringer von seiner Verpflichtung, soweit sie in der Quittung zum Ausdruck kommt, frei werden, die Handlungen des Ueberbringers demnach für und gegen den Gläubiger wirken. Das bedeutet nichts anderes, als daß der Ueberbringer als bevollmächtigt angesehen werden soll. [1])

[1]) Enneccerus I 2 § 284, Rosenberg S. 542 Anm. 1 und die dort angegebene Literatur dafür und dagegen.

Es fragt sich nun, wann ein solcher Schluß gerechtfertigt ist. Die herrschende und in der Anwendung des § 370 recht weitgehende Meinung hält sich an den Wortlaut des Gesetzes, der in seiner weiten Fassung — insbesondere wenn man sich bei seiner praktischen Anwendung lediglich an ihn hält — vielleicht auch eine weite Auslegung gestattet. Sie sagt: Jeder, der eine Quittung in Händen hat und vorlegt, gilt als ermächtigt. Ob diese weiteste Auffassung [1] auch den Umständen gerecht wird, erscheint bedenklich. Es kann sein, daß der Gläubiger die Quittung zwar ausgestellt hat, daß er aber, da er wegen ihrer Aushändigung Bedenken irgendwelcher Art bekommen hat, beschließt, sie zunächst noch einzubehalten. Er schließt sie darauf, um sie nicht in andere Hände kommen zu lassen, in seinem Geldschrank ein. In der Nacht wird bei ihm eingebrochen, u. a. der Geldschrank geöffnet und die Quittung gestohlen. Noch ehe er es verhüten kann, nimmt der Dieb von dem Schuldner unter Vorlage der Quittung die betreffenden Leistungen in Empfang. Es erscheint unbillig, den Gläubiger hier durch Freiwerden des Schuldners für einen Umstand haften zu lassen, der ihm nicht zuzurechnen ist. Er hat alle notwendigen Vorkehrungen getroffen, um die Quittung nicht in unberufene Hände kommen zu lassen. Geschieht es trotzdem, so muß derjenige die Folgen tragen, der gerade Schuldner ist. Mit Recht weist Jung [2], der hier gleichfalls die herrschende Meinung mißbilligt, darauf hin, daß man die Rechtslage bei Ausstellung einer Quittung nicht mit derjenigen bei Ausstellung einer Inhaberschuldverschreibung vergleichen dürfe (§ 794 I B. G. B.), da § 794 als Ausnahmebestimmung zu betrachten sei. Man kann der Quittung nicht die Bedeutung einer Inhaberschuldverschreibung im Verkehr beimessen. Diese Bedeutung ist bei letzterer — man denke nur an den Geldverkehr — und nur bei letzterer so groß, daß es nicht darauf ankommen kann, wer der wirkliche Gläubiger der in der Schuldverschreibung verbrieften Forderung ist. Auch wird sich infolge Schweigens des Papieres der wirkliche Gläubiger meist nicht ermitteln lassen, [3] ganz anders als bei der Quittung, welche die Unterschrift des Gläubigers tragen muß.

Aus denselben Gründen wird man den Gläubiger nicht haften lassen, wenn die Quittung unecht oder wenn sie verfälscht ist, denn dann hat der Gläubiger die quittierende Erklärung noch nicht einmal abgegeben. [4] Ist sie verfälscht, wird man freilich diesen Grundsatz insoweit ergänzen, als der Gläubiger nur für den unechten Teil der Quittung nicht einzustehen braucht, während er sich bezüglich des echten Teiles, soweit die Echtheit ohne Fälschung erkennbar war,

---

[1] Siehe v. Seeler S. 41.

[2] (Ges. R.) S. 667.

[3] Siehe Staub § 58 Anm. 16

[4] Bei unechter Quittung ebenso Jung (Ges. R.) S. 667, Enneccerus I 2 § 284 Anm. 2, Crome § 235 N. 28, Staudinger § 370 Anm. 3 a, Goldberger S. 83 und die dort angegebene Literatur, auch Oertmann § 370 (1 b), R. G. 73, S. 347.

nach den hier zu entwickelnden Grundsätzen behandeln lassen muß.[1] Die Wirkungen des § 370 auch auf den unechten Teil der Quittung zu beziehen, hieße dem Schuldner auf Kosten des Gläubigers Vorteile bieten, die selbst der gutgläubige Verkehr nicht verlangen kann. Endlich kann man auch eine echte von dem Ueberbringer mit Wissen des Zahlenden ausgefüllte Blankettquittung nicht genügen lassen, da der Dritte nicht ohne weiteres annehmen darf, daß der Ueberbringer zu deren Ausfüllung ermächtigt ist. Die Rechtslage ist dann die gleiche wie bei der Verfälschung.[2]

In allen anderen Fällen wird es der Gläubiger gegen sich gelten lassen müssen, daß mit seiner Quittung Mißbrauch getrieben wird. So kann es sein, daß der Gläubiger dem Ueberbringer die Quittung ausgehändigt und zugleich Vollmacht zum Empfang der quittierten Leistung erteilt hat. Widerruft er bald darauf die Vollmacht, ohne die Quittung zurückzunehmen oder sonst dem Schuldner über die mangelnde Vollmacht des Ueberbringers Nachricht zu geben, so handelt er nicht so, wie es im Verkehr von ihm gefordert werden muß. Er handelt zum wenigsten nachlässig, was wiederum gegenüber der Bedeutung des Gutglaubensschutzes denselben Wert hat wie Verschulden. Dasselbe gilt, wenn er die Quittung aushändigt, ohne zugleich Vollmacht zu erteilen, oder wenn er schuldhaft die Inbesitznahme der Quittung bezw. deren Mißbrauch durch Unberufene verursacht. Auch hier legt der Vertretene mit seinem unwidersprochen bleibenden Dulden ein Verhalten an den Tag, aus dem der gutgläubige Dritte auf eine Bevollmächtigung schließen darf. Es liegt wiederum eine stillschweigende Weiter- bezw. Bevollmächtigung vor, auf die der Ueberbringer seine Vollmacht zu stützen in der Lage ist. Ist sich der Vertretene dieses Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt, und ändert er das Verhalten nicht, so ist ein geheimer Vorbehalt des Vertretenen anzunehmen (§ 116 B. G. B.). Ist er sich desselben nicht bewußt, oder weiß er noch nicht einmal, daß er ein schlüssiges Verhalten an den Tag legt, weswegen er sich naturgemäß dann ebenfalls des Erklärungswertes nicht bewußt sein kann, so muß er sich gefallen lassen, daß seinem Verhalten Erklärungsbewußtsein und Erfolgswille beigelegt wird, da das Fehlen beider auf derselben Nachlässigkeit beruht, auf die das gesamte Verhalten zurückzuführen ist. Darauf stützt sich dann die Vollmacht des Ueberbringers und das Gesetz drückt es kurz aus, indem es nur sagt: „Der Ueberbringer gilt als ermächtigt". Es muß aber hervorgehoben werden, daß das Vertrauen des Dritten sich nicht nur auf die Quittung bezieht, sondern auf das gesamte unwidersprochen gebliebene bevollmächtigungsähnliche Verhalten des Vertretenen.

---

[1] Annähernd Staub-Bondi Anh. zu § 58 Anm. 44, Warneyer § 370 Abs. 2, Staudinger § 370 (3 a), Oertmann § 370 (1 b), auch R. G. 73, S. 347, Lp. Ztschr. 1910, Sp. 683, OLG. Entsch. 33, S. 237. Im einzelnen abweichend Goldberger S. 83.

[2] Siehe auch Goldberger S. 84, Staudinger § 370 Anm. 3 und die dort angegeb. Literatur, insbes. R. O. H. G. 11, S. 32.

Ob es sich hier um eine Fiktion handelt, was naheliegt anzunehmen, da das Gesetz das Wort „gilt" ⟨als ermächtigt⟩ gebraucht, soll in Abschnitt VII Gegenstand besonderer Beurteilung sein.[1] Viele Schriftsteller reden hier von einer Vermutung.[2] Dem wird man nicht beistimmen können. Die Einschränkung der Vermutung durch Kenntnis von Umständen soll nur sagen, daß der Schlechtgläubige eines Schutzes nicht bedarf, hat aber nicht die Bedeutung des „Beweises des Gegenteiles" gemäß § 292 Z. P. O. . Auch pflegt das Gesetz, wo es Vermutungen aufstellt, nicht den Ausdruck „gilt", sondern „wird . . vermutet" oder andere die Vermutung klar erkennbar machende Ausdrücke zu gebrauchen.[3]

Oertmann[4] sieht in dem Ermächtigtsein des § 370 überhaupt keine Vollmacht. Er sagt, es gelte nur der Quittungsträger im Interesse der Verkehrssicherheit dem Schuldner oder dritten Zahler gegenüber wie ein Bevollmächtigter oder sonst zum Empfang Berechtigter. Das Verhältnis sei ähnlich wie nach der dem Schuldner nicht kundgemachten Abtretung. Der Grund der Meinungsverschiedenheit zwischen Oe. und uns liegt darin, daß ersterer auch die Wirkungen des § 370 eintreten läßt, wenn der Ueberbringer nicht als Bevollmächtigter auftritt und als solcher die quittierte Leistung empfängt. Das ist indessen angesichts der Tatsache nicht zutreffend, daß die Empfangnahme der Leistung durch den Ueberbringer nur dann die Wirkungen des § 370 zeitigt, wenn gleichzeitig die Quittung vorgelegt wird. Durch diese Vorlage erklärt der Ueberbringer, wenn nicht ausdrücklich, so doch zum mindesten stillschweigend, d. h. nach den Umständen, er wolle die Leistungen für den Gläubiger in Empfang nehmen, für ihn handeln, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er auch den entsprechenden Willen hat oder nicht. Das geht schon daraus hervor, daß die Quittung die Unterschrift des Gläubigers trägt. Der geheime Vorbehalt des Ueberbringers, das Erklärte nicht zu wollen, kommt nicht in Betracht ⟨§ 116 B. G. B.⟩. Erklärt aber der Ueberbringer ausdrücklich, nicht der Gläubiger, sondern er selbst wolle — im eigenen Interesse — die quittierten Leistungen in Empfang nehmen, etwa als ⟨unberechtigter⟩ Zessionar, so wird — ein Fall, der sich zwar nicht häufig ereignen wird — die Befreiung des Schuldners von seiner Leistung trotzdem nur deshalb eintreten, weil der angebliche Zessionar durch Vorlage der Quittung als Bevollmächtigter, nicht aber weil er als Gläubiger erscheint. Die Rechtslage in § 370 ist eben von der des § 407 s e h r verschieden, denn hier sprechen die Umstände dafür,

[1] Ueber die Fiktion s. Fischer S. 21, auch Fischer-Henle S. XXXI.

[2] Staudinger II § 370 Anm. 1, Staub § 58 Anm. 2, allerdings auch Jung a. a. O. ⟨Ges. R⟩

[3] Ueber das Wesen der Vermutung s. Fischer S. 197 u. die dort in Anm. 33 angegebene Literatur, ders. auch S. 23, ebenso Stein-Jonas § 292, der auch den § 56 HGB. als Vermutung auffaßt.

[4] § 370 ⟨1 a⟩.

daß der Empfänger der Leistung auch der Gläubiger ist, und deshalb tritt der Schutz des Schuldners ein, dort aber sprechen die Umstände dafür, daß ein anderer der Gläubiger, der Ueberbringer dagegen nur Bevollmächtigter ist, und deshalb tritt der Schutz des Schuldners ein. Man erkennt jedenfalls, daß die Rechtsstellung des Ueberbringers in jedem Falle diejenige eines Bevollmächtigten ist. Dafür spricht schließlich noch der Wortlaut des Gesetzes, das von „Ermächtigung" redet, worunter nichts anderes als Vertretungsbefugnis verstanden werden kann (§§ 171/72 I).[1]

Da der § 370 eine Schutzbestimmung für den gutgläubigen Dritten sein soll, kommt ein solcher Schutz naturgemäß nicht in Betracht, wenn die dem Dritten bekannten Umstände der Annahme einer Ermächtigung entgegenstehen.

§ 701 II: Nach § 701 II hat ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, unter bestimmten Voraussetzungen einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gast den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung „eingebrachter" Sachen erleidet. Nach Absatz II gelten u. a. die Sachen als eingebracht, welche der Gast Leuten des Gastwirts, die nach den Umständen zur Empfangnahme der Sachen als bestellt anzusehen sind, übergeben hat. Die Empfangsperson soll mit Wirkung für und gegen den Gastwirt handeln können, d. h. wiederum, er soll als zur Empfangnahme bevollmächtigt angesehen werden.

Es fragt sich auch hier, wann die Umstände einen solchen Schluß gestatten. Wählt man das bekannte Beispiel mit der Hotelmütze, so kann es sein, daß der Gastwirt einer Person Vollmacht zur Empfangnahme von Sachen erteilt und zur Aufklärung seiner Gäste darüber, daß sie mit seinem Vertreter verhandeln, eine Hotelmütze ausgehändigt hat. Widerruft danach der Gastwirt die Vollmacht, ohne auch die Hotelmütze zurückzunehmen oder sonst den ankommenden Gästen über die erloschene Vollmacht des Betreffenden Nachricht zu geben, so handelt er nicht so, wie es im Verkehr von ihm gefordert werden muß. Er handelt zum wenigsten nachlässig, was auch hier gegenüber der Bedeutung des Gutglaubensschutzes einem Verschulden gleichgesetzt werden muß. Dasselbe gilt, wenn es der Gastwirt sonst schuldhafterweise verursacht hat, daß ein Unberufener mit der Mütze des Gasthofes Mißbrauch treibt, wenn er sie beispielsweise einer Person ausgehändigt hat, ohne ihr zugleich die entsprechende Vollmacht zu erteilen, oder wenn er bei Beaufsichtigung seines Betriebes nicht genügende Sorgfalt hat walten lassen. Dadurch, daß sein Betrieb gewissermaßen an die Oeffentlichkeit

[1] Siehe darüber — ähnlich wie wir — insbesondere Rosenberg S. 69 Anm. 1 und die dort angeführte Literatur. Als Gegner unserer Ansicht sei vor allem Biermann a. a. O. S. 93 genannt, der ausführt: „Ein Verfüger, kein Vertreter, ist auch der Ueberbringer einer Quittung . . .". S. im übrigen dessen Begründung a. a. O.

gerichtet, also auch von dem Vertrauen der anderen abhängig ist, muß von ihm verlangt werden, daß er alles aufbietet, um dieses Vertrauen zu rechtfertigen. Man wird fast in allen Fällen des Mißbrauchs eine Schuld des Gastwirts annehmen dürfen. Sollte er den Gegenbeweis führen, der ihm nach dem Gesetzeswortlaut „nach den Umständen" hier nicht versagt werden kann, der aber nicht leicht zu führen sein dürfte, so wird man scharfe Anforderungen an ihn stellen müssen. Gelingt es dem Gastwirt darzulegen, daß ihn keine Schuld an dem Mißbrauch trifft, so wird man ihn billigerweise nicht haften lassen. Gelingt es ihm nicht, so legt er wiederum mit seinem unwidersprochen gebliebenen Dulden des Hotelmützengebrauches ein Verhalten an den Tag, aus dem der gutgläubige Gast auf eine Bevollmächtigung schließen darf. Es liegt wiederum eine stillschweigende Weiter- bezw. Bevollmächtigung vor, auf die der Unbefugte seine Vollmacht zu stützen in der Lage ist. Im übrigen ist die Konstruktion die gleiche, wie wir sie in den vorangehenden Fällen dargelegt haben.

Die meisten wollen die Haftung des Gastwirts nur eintreten lassen, wenn es sich bei den Unbefugten um seine „Leute", d. h. seine Angestellten oder zum wenigsten sonst mit seinem Willen im Betrieb Beschäftigten handelt.[1]) Die Auslegung des Gesetzes in unserem Sinne und die daraus entspringende Notwendigkeit der Ausdehnung auf solche Personen, die nicht als Leute des Gastwirts anzusehen sind, hat uns einen anderen Weg einschlagen lassen. Verfasser hat sich selbst, um das Rechtsgefühl möglichst anzuregen, an den Bahnhof begeben und dort alle vorangehenden Fälle einzeln durchdacht. Er hat dabei die Ueberzeugung gewonnen, daß — zumal an größeren Bahnhöfen mit großem Reiseverkehr — der Schutz des Ankommenden in seinem Vertrauen auf den dort mit der Hotelmütze Stehenden außerordentlich weitgehend sein muß. Eine Erweiterung des Gesetzes in unserem Sinn ist also ein Erfordernis. Man muß auch bedenken, daß der Geschäftsverkehr, verbunden mit dem Anwachsen der Hotelunternehmungen, seit Abfassung des B. G. B. ein weit größerer geworden ist. Das rechte Ausgleichsmittel scheint dann das Verschulden des Gastwirts hinsichtlich der Unkenntnis des Erklärungswertes seines Verhaltens zu sein. Ist ein Verschulden nicht vorhanden, wird naturgemäß eine Erweiterung des Gesetzes nicht notwendig sein. Andererseits ist gerade in diesem Falle — was allerdings in Anbetracht der großen Anforderungen an die Sorgfalt des Gastwirts nur wenig praktisch werden wird — eine engere Auslegung des Gesetzes notwendig; denn dann soll der Gastwirt auch bei seinen Angestellten nicht zu haften haben. Diese engere Auslegung richtet sich gegen die allerdings große Anzahl der gegnerischen Schriftsteller, die ihre

[1]) So Dernburg § 353 II 4, Oertmann § 701 (3 a β), Staudinger § 701 III (4 a γ) und die dort angegebene Literatur, ferner Wellspacher S. 112.

Meinung für den Fall, daß es sich um „Leute" des Gastwirts handelt, auf den jede Erweiterung zulassenden Wortlaut des Gesetzes stützen und nicht zwischen verschuldetem und unverschuldetem Mißbrauch trennen. Wir halten eine so weitgehende Ansicht nicht für richtig. [1]

Hat der Betreffende die Mütze selbst angefertigt oder anfertigen lassen, so hat dies — ebenso wie bei der unechten Quittung für den Gläubiger — mit einem Verhalten des Gastwirts, dessen Hotelbetrieb überhaupt, nichts zu tun. Hier wird daher der auf eine Bevollmächtigung vertrauende Dritte nicht geschützt. [2]

Alle diese Fälle waren darauf abgestellt, daß der Dritte gutgläubig ist. Sind ihm dagegen Umstände bekannt, die der Annahme einer Ermächtigung entgegenstehen, oder müssen sie ihm nach den Umständen bekannt sein, so wird ein Schutzbedürfnis für ihn nicht vorliegen. Auch für ihn besteht eine Pflicht, sorgsam zu handeln und nicht blindlings zu vertrauen. Dieselben Grundsätze haben wir bereits bei Besprechung des § 173 ⟨171/72⟩ erkannt. Liegt auf beiden Seiten ein Verschulden für den Eintritt des Schadens, so wird man unter Umständen zum Ausgleich nach § 254 B. G. B. greifen müssen.

Die handelsrechtlichen Bestimmungen.

§ 56: Eine dem § 370 und vor allem dem § 701 II ähnliche Bestimmung ist der § 56 H. G. B., wonach der in einem Laden oder in einem offenen Warenlager Angestellte zu Verkäufen und Empfangnahmen als ermächtigt gilt, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen. Die Verkäufe und Empfangnahmen soll der Angestellte für und mit Wirkung gegen seinen Geschäftsherrn vornehmen können. Das bedeutet wiederum nichts anderes, als daß der Angestellte als bevollmächtigt angesehen, unter „Ermächtigung" demnach Vollmacht verstanden werden soll.

Die Fälle, bei denen § 56 Anwendung finden muß, sind ähnliche wie diejenigen der vorangehenden Bestimmungen. Es kann sein, daß der Geschäftsherr eine Person zu den Geschäften des § 56 bevollmächtigt, die Vollmacht später widerrufen, ihn aber in derselben Stellung nach außen belassen hat, oder daß er ihn sonst ohne gleichzeitige Bevollmächtigung in diese Stellung gebracht oder schuldhafterweise verursacht hat, daß ein anderer sich diese Stellung zunutze machen konnte. In allen diesen Fällen handelt der Geschäftsherr, wenn eine wirkliche, d. h. freiwillig erklärte Bevoll-

[1] Bezüglich der Erweiterung des Gesetzes ebenso Fischer a. a. O. S. 145 b, anscheinend noch weitergehend d. h. ohne Verschulden zu fordern: Crome § 278 Anm. 14, der ausführt, die Richtigkeit ⟨des Schlusses auf eine Bevollmächtigung⟩ könne der Gast nicht untersuchen. Er läßt es genügen, wenn der Betreffende die Hotelmütze auf dem Kopf trägt.

[2] Ebenso Wellspacher S. 112, anders offenbar Crome a. a. O., Anm. 1.

mächtigung nicht vorliegt, nicht so, wie es im Verkehr, d. h. hier dem Handelsverkehr, von ihm gefordert werden muß, denn nach den gesamten Umständen darf der Dritte annehmen, daß eine Vollmacht noch, oder daß sie ganz allgemein vorliegt. Er handelt zum wenigsten nachlässig, was gegenüber der Bedeutung des Gutglaubensschutzes auch hier schon Schuld bedeutet. Auch sein Betrieb ist gewissermaßen an die Oeffentlichkeit gerichtet und von dem Vertrauen der anderen abhängig, weswegen man von ihm verlangen muß, daß er alles aufbietet, um dieses Vertrauen zu rechtfertigen. Gelingt es ihm, den Beweis zu führen, daß ihn kein Verschulden trifft, so besteht kein Anlaß, ihn für den falschen Schluß des Dritten haften zu lassen. Andernfalls ist die Rechtslage die gleiche wie in den vorangehenden Bestimmungen. Mit dem unwidersprochenen Dulden, daß ein anderer die Stellung eines Bevollmächtigten einnimmt, legt der Geschäftsherr ein Verhalten an den Tag, aus dem der gutgläubige Dritte auf eine Bevollmächtigung schließen darf. Es liegt wiederum eine stillschweigende Weiter- bezw. Bevollmächtigung vor, auf die der Handelnde seine Vollmacht zu stützen in der Lage ist. Im übrigen wird auch hier die Konstruktion die gleiche sein wie oben.

In der Auslegung des § 56 gehen weiter als wir: Isay [1]), Gareis [2]), Behrend [3]), Tuchelt [4]), v. Seeler [5]) und Wellspacher [6]). Sie legen auf irgend ein Verschulden des Geschäftsherrn keinen Wert. Ausschlaggebend ist für sie nur, daß eine Person als bevollmächtigte Angestellte erscheint. Nach Behrend ist: „Angestellt im Sinne dieser Bestimmung jeder, der sich in einer der gedachten Lokalitäten in einer Stellung befindet, die geeignet ist, die Annahme zu begründen, daß er berufsmäßig dort tätig ist." Nach Tuchelt ist: „dem wirklichen Angestellten derjenige gleichzustellen, welcher durch seine Tätigkeit im Laden oder offenen Warenlager den Anschein erweckt, ein Angestellter zu sein". Ihre Ansicht kommt allerdings dem Interesse eines reibungslosen Rechts- und Geschäftsverkehrs, wie er vor allem in heutiger Zeit mit den großen Geschäften und der dadurch bedingten großen Anzahl von Angestellten zu fordern ist, im weitesten Maße entgegen. Uns erscheint aber eine Einschränkung dieses Grundsatzes durch das Verschuldensprinzip im Interesse des Geschäftsherrn gerechter zu sein. Wenn man auch infolge der strengen Erfordernisse eines schuldlosen Verhaltens (siehe oben) annehmen muß, daß praktisch die Haftungsfälle weitaus die meisten, die andern sogar verschwindend gering sein werden, so sind doch Fälle denkbar, wo den Geschäftsherrn eine Schuld

[1]) S. 235, 237.
[2]) S. 122.
[3]) S. 376.
[4]) S. 121.
[5]) S. 48.
[6]) S. 109.

nicht trifft; dann aber muß er geschützt werden. Man denke zur Unterscheidung etwa an folgende beiden Fälle: 1) Ein Geschäftsherr pflegt, wenn keine Kunden da sind, sich nicht im Laden, sondern in einem Zimmer nebenan aufzuhalten. Ohne daß er es bemerkt, macht sich ein Fremder den Umstand zunutze und bedient wie ein Angestellter die Kunden, die ebenso wie er unbemerkt von dem Geschäftsherrn den Laden betreten haben. Man muß von dem Geschäftsherrn verlangen, daß er den Laden nicht unbewacht läßt. Läßt er ihn unbewacht, so handelt er schuldhaft. Einer Anwendung des § 56 steht deshalb nichts im Wege. 2) Der Geschäftsherr hält sich wie immer in seinem Laden auf, um etwaige Kunden zu bedienen. Plötzlich erscheinen mehrere Fremde, greifen ihn an und bringen ihn betäubt und geknebelt in das Nebenzimmer. Kurz darauf erscheinen Kunden. Der eine Täter gibt sich als Angestellter aus und verkauft Waren. Noch ehe sie weiteres Unheil anrichten können, fliehen sie unter Mitnahme des eingenommenen Geldes, da sie annehmen, sie seien bemerkt. Hier hat der Geschäftsherr nicht schuldhaft gehandelt. Nach unserer Ansicht kommt deshalb eine Anwendung des § 56 nicht in Frage. Trotzdem wollen sie die genannten Gegner zulassen. Die Unbilligkeit deren Ansicht wird man angesichts der Beispiele nicht verkennen. Man wird diese Beispiele auch den Rechtsscheinstheoretikern entgegenhalten können, so vor allem v. Seeler und Wellspacher, die eine Haftung des Geschäftsherrn im 2. Fall lediglich aus dem Grunde ablehnen, weil der Geschäftsherr den Rechtsschein des Angestelltsein und der Bevollmächtigung nicht „veranlaßt oder mitveranlaßt hat." Das ist aber unrichtig, da er schon in der Begründung eines Ladens etc. den Rechtsschein zum wenigsten mitveranlaßt hat. Dieser Fall beweist schon, daß mit dem Veranlassungsprinzip wenig geholfen ist. Darüber wird näheres in Abschnitt VI und VII zu reden sein.

Die meisten legen den § 56 enger aus als wir, indem sie den Begriff „angestellt" wörtlicher fassen und nicht die Fälle hierher rechnen, wo der Handelnde in keinen rechtlichen Beziehungen zu dem Geschäftsherrn steht. Allerdings gehen sie nicht mehr so weit, daß sie darunter nur ein Tätigwerden auf Grund Dienst- oder Arbeitsvertrages verstehen. Sie fordern aber zum wenigsten das Vorliegen irgend eines Vertragsverhältnisses, auf Grund dessen der Betreffende die Stellung eines Bevollmächtigten einnimmt. Nach Staub [1]) ist: „erforderlich und ausreichend, daß die Person mit dem Willen des Prinzipals vorübergehend oder bleibend berufsmäßig in dem Raum mit dem Publikum verkehrt." [2]) Nach v. Gierke [3]) ist derjenige: „Angestellter, der mit Willen des Prinzipals so auftritt, daß das Publikum auf eine derartige Vertreterstellung schließen muß." [4])

[1]) § 56 Anm. 1.
[2]) Aehnlich Goldmann § 56 I, Lehmann-Ring § 56 Nr. 1.
[3]) S. 128.
[4]) So auch Müller-Erzbach S. 131 II, Lehmann S. 229.

Sie sagen mithin nicht wörtlich aus, daß irgend ein Vertragsverhältnis vorliegen muß. Es liegt aber in ihrem Erfordernis des Willens, daß der andere so tätig werde. Das bedeutet nichts anderes, als daß der Geschäftsherr dies Tätigwerden — seinem Willen entsprechend — zum wenigsten stillschweigend dulden müsse. Dann aber geht stets ein zum wenigsten stillschweigend abgeschlossenes Auftragsverhältnis — wenn die Tätigkeit unentgeltlich (auch bei der Ehefrau, Kindern, Freund etc.) — oder Dienst- bezw. Werkvertragsverhältnis — wenn die Tätigkeit entgeltlich erfolgt — voraus. Die herrschende Meinung fordert mithin stets zweierlei: 1) ein Vertragsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Handelnden entgeltlicher oder unentgeltlicher Art, 2) ein darauf gegründetes Auftreten des Handelnden wie ein Bevollmächtigter. [1]) Innerhalb dieses Rahmens legen sie dann etwas weitgehender als wir keinen Wert auf ein Verschulden des Geschäftsherrn. Für diese Auslegung spricht zwar der Wortlaut des Gesetzes, sie kann aber in Anbetracht des Vorangegangenen unmöglich dessen Sinn bedeuten.

Ein Hinweis auf das Erfordernis des Verschuldens findet sich dagegen auch in der Literatur, wenn man auch ein näheres Eingehen vergeblich sucht und eine Anerkennung des Grundsatzes in dem hier vertretenen Umfange nirgends zu finden ist. Nach Düringer-Hachenburg [2]) soll eine entsprechende Anwendung des § 56 gerechtfertigt sein, nur wenn der Kaufmann es aus Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit unterläßt, zu verhindern, daß sein nicht für eine Tätigkeit im Laden bestimmter Angestellter gleichwohl im Laden als Verkäufer tätig wird. [3]) Nach Makower [4]) fallen unter § 56 nur die Fälle, wo es sich um Angestellte handelt, die den Verkehr mit dem Publikum übernehmen sollten, oder von denen der Geschäftsherr zum mindesten voraussetzen mußte, daß sie an der ihnen angewiesenen Stelle in die Lage kommen würden, mit dem Publikum zu verkehren. Mangels Abgrenzung durch das Verschuldensprinzip ist dann auch die Frage, wann im einzelnen § 56 Anwendung zu finden hat, von der herrschenden Meinung nicht klar beantwortet worden. Man braucht sich darüber nicht zu wundern, da es ohne das Verschuldensprinzip eine befriedigende Abgrenzung nicht geben kann.

Wann nun im einzelnen ein Verschulden des Geschäftsherrn angenommen werden kann, entscheidet die Lage des Falles. Immerhin muß der Geschäftsherr, der eine Person in seinem Laden oder offenen Warenlager in eine Stellung bringt, aus der auf eine Bevollmächtigung geschlossen werden kann, wenn er den entsprechenden Willen

---

[1]) Siehe auch die Entscheidungen in Busch's Archiv Bd. 36, S. 176, 39 S. 195, auch R. G. Bd. 61 S. 126, 102 S. 296.

[2]) § 56.

[3]) Er verweist dabei auf R. G. E. Bd. 65, S. 295, Lp. Ztschr. 1908/297, 1918/853, R. G. Warn. Bd. 13, Nr. 165, 26, Nr. 254.

[4]) a. a. O. § 56.

nicht oder nicht mehr hat, alles tun, was zur Kenntnisnahme durch den Dritten genügt. Daß seine Handlungen nur dann genügen, wenn der Dritte von der wirklichen Rechtslage Kenntnis hat, wird man nicht sagen dürfen. Vielmehr genügt es, wenn er solche Handlungen vorgenommen hat, aus denen der Dritte die wahre Rechtslage erkennen mußte. — Das Gesetz sagt darüber nichts, doch spricht dafür die Billigkeit, deren Beachtung auch in den vorangehenden Bestimmungen dazu geführt hat, einen Schluß auf das bevollmächtigende Verhalten des Vertretenen dann nicht mehr zu gestatten, wenn der Dritte wußte, daß hinter dem bevollmächtigenden Verhalten ein freier Wille des Vertretenen nicht oder nicht mehr stand. Es fragt sich, wie diese Ansicht gesetzlich begründet werden kann. Makower [1] findet die Begründung in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die auch nach früherem Recht — trotzdem der anschließend von ihm genannte § 54 III H. G B. nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen war — zu der allgemeinen Anwendung der Regel führten, daß dieses bei dem Dritten vorhandene Kennen oder Kennenmüssen für Vorliegen und Umfang der Vollmacht des Angestellten von Erheblichkeit sei. [2] Andere wenden den § 54 III analog an, wonach ein Dritter die Beschränkung des Umfangs der Handlungsvollmacht gegen sich gelten lassen muß, wenn er sie kannte oder kennen mußte. [3] Diese Ansicht scheint in der Tat die zutreffende zu sein. Das geht aus der nahen Verwandtschaft zwischen § 54 und § 56 hervor. In beiden Fällen ist das Vorliegen von Handlungsvollmacht Gegenstand der Regelung. In § 54 III handelt es sich lediglich um die Wirkung von Beschränkungen der Handlungsvollmacht nach außen, in § 56 um deren Fort- bezw. Entstehen. Ein Grund, warum man in beiden Fällen die Kenntnis des Dritten verschieden behandeln möchte, kann nicht gefunden werden, wenn es auch fragwürdig bleibt, warum der Gesetzgeber die entsprechende Einschränkung nicht gemacht hat.

Wann im einzelnen der gute Glaube des Dritten noch vorhanden ist, hängt ebenfalls von den Umständen des Falles ab. [4] Auch ihm darf zum wenigsten seine Unkenntnis nicht zum Vorwurf gemacht werden können, d. h. es darf ihn dabei kein Verschulden treffen. Er muß sich, wenn er in einen Laden geht, vergewissern, ob der Geschäftsherr durch gut sichtbare — hier würde dann andererseits auch das Verschulden des Geschäftsherrn mit zu beachten sein — Anschläge etc. kundgemacht hat, wie die wahre Rechtslage hinsichtlich etwaiger Handlungsvollmachten ist. Auch muß er, falls der

[1] § 56 II.

[2] Siehe darüber die bei Makower angeführte Entscheidung des R. O. H. G.

[3] Offenbar Cosack S. 193 (2), auch Staub § 56 Anm. 3, der seine Ansicht zwar nur in die Worte kleidet: „An bekannte oder erkennbar gemachte Beschränkungen ist der Dritte gebunden." Er verweist aber im übrigen zur Begründung auf R. O. H. G. E. Bd. 23, S. 348 und auf § 54 H. G. B., endlich v. Seeler, S. 109.

[4] Siehe auch R. O. H. G. E. Bd. 23 S. 348, 12 S. 38, 20 S. 122.

Geschäftsherr die Vollmacht durch öffentliche Bekanntmachung etc. erteilt hat, deren Widerruf kennen, wenn Bevollmächtigung und Widerruf in gleicher Weise erfolgt sind. Es gelten dann wieder die Grundsätze der §§ 170–172 B. G. B. Bekannt ist der Fall, daß der Dritte infolge Kurzsichtigkeit oder Eile den deutlich sichtbaren Anschlag im Laden nicht gelesen hat. Auch hier muß er, wenn es auch bestritten wird, als schlechtgläubig behandelt werden, da der Geschäftsherr alles getan hat, was er tun mußte, um dem Dritten die wahre Rechtslage zu offenbaren. War er in Eile und übersah er deshalb eine Bekanntmachung ‹Anschlag› des Geschäftsherrn, so handelte er fahrlässig. Ebenso ist es, wenn er kurzsichtig war; denn in beiden Fällen besteht eine um so größere Sorgfaltspflicht, deren Verletzung allein ihm zum Vorwurf gemacht werden muß. Trifft auch den Geschäftsherrn ein Verschulden, so wird man zum Ausgleich wiederum den § 254 B. G. B. heranziehen müssen. [1]

§ 54: Es wurde bereits auf den Zusammenhang zwischen § 54 und § 56 hingewiesen und hervorgehoben, daß in § 54 lediglich der Umfang einer Handlungsvollmacht geregelt ist. Zunächst kann diese Bestimmung demnach für das Problem der Arbeit nichts beitragen. Dasselbe gilt für den Handlungsreisenden des § 55, wo auf § 54 verwiesen ist, den Handlungsagenten der §§ 86 und 87 und den Versicherungsagenten der §§ 43, 47 V. V. G. vom 30. 5. 1908, endlich den Hauptbevollmächtigten eines ausländ. oder außerstaatl. Versicherungsunternehmens der §§ 86 II Ziffer 3 und 115 II des Ges. über die priv. Vers. Unternehmungen vom 12. 5. 1901. Wesentlich erscheint aber bei allen diesen Bestimmungen hervorgehoben zu werden, daß der Vertretene den gesetzlichen Umfang der einzelnen Vertretungsmacht auch dann gegen sich gelten lassen muß, wenn er ihn durch Erklärung gegenüber dem Vertreter beschränkt hat, es sei denn, daß die Beschränkungen dem Dritten bekannt waren, oder daß er sie kennen mußte. Insoweit soll demnach auch hier eine erloschene Vertretungsmacht fortbestehen oder, falls sie noch nicht bestanden hat, entstehen. Der Grund dafür ist wiederum darin zu suchen, daß der Vertretene trotz Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vertretungsmacht schuldhafterweise ein Verhalten an den Tag legt, aus dem auf eine entsprechende Bevollmächtigung geschlossen werden kann und darf. Er muß wissen, daß der Dritte auf das Verhalten vertrauen darf, bis ihm die wahre Rechtslage von seiten des Vertretenen derart offenbart ist, daß er sie kennt oder kennen muß.

§ 493: Eine im Rahmen unseres Problems recht weitgehende gesetzliche Bestimmung ist der § 493 H. G. B., wonach der Korrespondentreeder im Verhältnis zu Dritten kraft seiner Bestellung

[1] Ueber diese Fälle siehe auch Dür.-Hach. § 56 Anm. 2 und die dort angegebene Literatur gegen die hier vertretene Ansicht.

befugt sein soll, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Geschäftsbetrieb einer Reederei gewöhnlich mit sich bringt. Es soll sich also schon an die „Bestellung", an den von dem zukünftigen Korrespondentreeder und den Mitreedern abgeschlossenen Auftrag bezw. Dienstvertrag, d. h. an ein bloßes obligat. Vertragsverhältnis, eine Vollmacht knüpfen. Das ist gegenüber den vorangehenden Bestimmungen insofern weitgehender, als das Verhalten des Vertretenen, aus dem auf eine Bevollmächtigung geschlossen werden konnte, dort ein mehr nach außen dringendes, ein offeneres war ‹Dulden des Tätigwerdens im Laden, der Benutzung der Hotelmütze, der Vorlage der Quittung›, während nach dem Wortlaut des Gesetzes hier bereits ein mehr internes Verhalten genügen soll. Man wird aber auch den Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung nicht zu eng fassen dürfen. Der Grundgedanke, der den Gesetzgeber zur Aufstellung des § 493 bewog, war derselbe, der zur Aufstellung der vorangehenden Bestimmungen Veranlassung gegeben hat. In der Bestellung des Korrespondentreeders und allen damit verbundenen äußeren Umständen legen die Vertretenen wieder ein Verhalten an den Tag, aus dem auf eine Bevollmächtigung geschlossen werden darf, wenn sie sich dieses Erklärungswertes ihres Verhaltens zum wenigsten schuldhafterweise nicht bewußt gewesen sind. Die Schuld wird wiederum in den meisten Fällen zu bejahen sein, da es sich auch hier um den Gutglaubensschutz des Dritten handelt. Ebenso wird man unter denselben Bedingungen, weil immer nur die äußere Stellung des Korrespondentreeders und nicht dessen etwaiges Vertragsverhältnis zu den Vertretenen für unser Problem maßgebend sein kann, eine Erweiterung des Gesetzes auf diejenigen Fälle vornehmen müssen, wo der Nicht-„Bestellte" die äußere Stellung eines „Bestellten" einnimmt. Es ist dieselbe Erweiterung, wie wir sie in den §§ 172, 370, 701 II B. G. B. und 56 H. G. B. vorgenommen haben.

In allen diesen Fällen stellt das Verhalten der Vertretenen eine stillschweigende Weiter- bezw. Bevollmächtigung dar, bei der es sich die Vertretenen gefallen lassen müssen, daß ihnen trotz Fehlens von Erklärungsbewußtsein und Erfolgswillen beides beigelegt wird. Darauf stützt sich wiederum die Vollmacht des Handelnden.

Dabei wird man von dem Dritten nicht zu verlangen brauchen, daß er sich jedesmal, wenn er mit einer Person verhandelt, die als Korrespondentreeder auftritt, erkundigt, ob dem Auftreten auch eine Bestellung zugrunde liegt. Diese Ansicht wird in der Literatur[1]› vertreten. Ein solches Erfordernis entspricht aber nicht dem heutigen Rechtsverkehr, der reibungslose und möglichst unverwickelte Lösung erfordert. Eine Erkundigungspflicht kann nur dann bestehen, wenn

[1]› Wagner S. 201 B. siehe auch S. 207 Anm. 22, Schaps 493 I 3, Ehrenbergs Handb. Bd. VII ‹2› S. 484 II, der nur für den Fall, daß der Name des Korrespondentreeders ins Schiffsregister eingetragen ist ‹Flaggenges. § 7 Ziffer 5› in unserem Sinne entscheidet. Er begründet seine Ansicht dann mit Anwendung der §§ 171/72.

verdächtige Momente vorliegen, die den Dritten zu erhöhter Sorgfalt in seinem Vertrauen verpflichten, und bei deren Nichtbeachtung der Dritte sich unter Umständen fahrlässiger Unkenntnis über die wahre Rechtslage schuldig macht.

Was den Fall anlangt, daß der Vertretene den Umfang der in § 493 aufgestellten Befugnisse beschränkt, so bestimmt der § 495, daß der Dritte diese Beschränkung nur dann gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn sie ihm zur Zeit des Geschäftsabschlusses bekannt war. Die Rechtslage ist die gleiche wie bei der Beschränkung der Handlungsvollmacht und den übrigen dort besprochenen Fällen. Es kann deshalb hier auf die vorangehenden Darlegungen verwiesen werden.[1] Auffällig ist nur, daß ein Kennenmüssen nicht in Betracht kommen, hier also von der allgemeinen Regel abgewichen werden soll. Man wird aber einen solchen Zustand nach den bisherigen Ergebnissen der Arbeit für unmöglich halten und für ihn keinen Grund finden; denn man weiß nicht, warum hier der Dritte besser gestellt werden soll als in anderen Fällen. Auch hier gilt gerechter Ausgleich der Interessen. Ein solcher kann aber nur dort bestehen, wo man den Dritten ebenso für jede Schuld an der Unkenntnis der wahren Rechtslage, also auch für auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis einstehen läßt, wie man den Vertretenen für auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Erklärungswertes hat einstehen lassen. Außerdem findet diese Erweiterung des Gesetzes auch in einer erweiternden Auslegung des § 495 nach den Grundsätzen des § 54 III ihre Berechtigung, denn auch die Tätigkeit eines Korrespondentreeders ist die Tätigkeit eines Handlungsbevollmächtigten.[2]

§ 527: Eine dem § 56 H. G. B. gleichkommende Bestimmung ist der § 527 H. G. B., wonach der Schiffer, wenn sich das Schiff außerhalb des Heimathafens befindet, Dritten gegenüber kraft seiner Anstellung befugt sein soll, für den Reeder alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Ausrüstung, die Bemannung, die Verproviantierung und die Erhaltung des Schiffes, sowie überhaupt die Ausführung der Reise mit sich bringt. Der Unterschied besteht nur als rein äußerlicher darin, daß hier anstelle des Ladens das außerhalb des Heimathafens befindliche Schiff tritt. Die juristische Konstruktion ist im übrigen die gleiche. Es kann deshalb auf die vorangehenden Ausführungen zu § 56 verwiesen werden. Hervorgehoben werden soll nur, daß der § 527 ebenso und aus den gleichen Gründen wie der § 56 auf solche Personen ausgedehnt werden muß, die keine „Angestellte" sind,

---

[1] Siehe oben S. 48.

[2] In unserem Sinne – allerdings ohne Begründung und unter Hinweis auf die Prot. – auch Wagner S 207 II 2, unter Hinweis auf § 122 II H. G. B. zugleich mit Beispielen für Vorliegen der Fahrlässigkeit. Ebenso Schaps § 495 Anm. 3, im Grunde ablehnend Wüstendörfer in Ehrenbergs Handb. VII S. 479 unter 5 und Anm. 35 mit zahlreicher Literaturangabe für und gegen unsere Ansicht.

soweit sie nur als solche, d. h. hier wie Schiffer, auftreten. Abgrenzungsmerkmal ist wiederum die Schuld der Vertretenen.

Außerdem sei auf die beachtenswerten Ausführungen Wüstendörfers (a. a. O.) über das Fortbestehen der Vollmacht des Schiffers hingewiesen. Er betont, daß die Entlassung des Kapitäns gegenüber einem Dritten, der die Tatsache der Entlassung ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kenne, nach herrschender Meinung erst dann wirke, wenn sie irgendwie in die Außenwelt trete, z. B. durch Aufgabe der Schiffsgewalt seitens des Kapitäns. Nach unserer Auslegung ist das Verhalten des Vertretenen mit diesem Augenblick kein bevollmächtigungsähnliches und vertrauenswürdiges mehr. Allerdings kann nicht nur auf grobe Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Kenntnis des Dritten gleichgesetzt werden, sondern es muß ihr schon auf jeder Fahrlässigkeit beruhende gleichgestellt werden. [1] Mit Recht fordert Wüstendörfer [2] auch Fortbestehen der Vertretungsmacht des Schiffers gemäß § 555 bei Verlust des Schiffes, und zwar insoweit als „ein Tätigwerden des Kapitäns an dem Orte, wo der Verkauf oder Untergang stattfand, bezw. an dem Orte, den er von dort aus erreicht, damit die Kontinuität seiner Vertreterhandlungen nicht unterbrochen ist", stattgefunden hat.

Bezüglich der Beschränkungen [3] gilt das gleiche wie in den vorangehenden Bestimmungen.

§ 48: Ueber die Prokura zu reden, erscheint erst am Schlusse der Arbeit zweckmäßig zu sein, wenn wir von der Bedeutung des Handelsregisters für unser Problem handeln werden. Hervorgehoben werden soll nur, daß bei der Prokura eine stillschweigende Erteilung nicht möglich ist, da das Gesetz Ausdrücklichkeit der Erklärung fordert. Diese Sonderregelung ist in der weittragenden Bedeutung der Prokura für das Wirtschaftsleben zu suchen. Es soll mit Rücksicht darauf die Erteilung eindeutig und nicht die Folge eines bloß auf die Erteilung hinzielenden Verhaltens eines Kaufmanns sein. Die Folge ist, daß die §§ 171/72 B. G. B. nicht zur Anwendung kommen können, da es sich bei ihnen um stillschweigende Willenserklärungen, schlüssiges Verhalten, handelt. Das bedeutet keine Erschwerung des Verkehrs, da in diesen Fällen immer noch eine gewöhnliche Handlungsvollmacht vorliegen, in den praktisch häufigsten Fällen also doch der Dritte geschützt sein wird. Auf diese Weise erfahren aber auch die im Rahmen unseres Problems so oft vernachlässigten Interessen des Vertretenen einen Schutz, da er die umfangreiche Wirkung der Prokura nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Ist die Prokura aber erst entstanden, so kann man keine Bedenken tragen, auch unsere Bestimmungen

---

[1] Siehe S. 45, 46, vergl auch Schaps als Anhänger unserer Ansicht, ferner die bei ihm S 186 (3) angeführten praktischen Fälle.

[2] S. 606 unter b im Anschluß an Wagner.

[3] § 531, wieder wie wir Schaps § 531, insbesondere Anm. 3.

heranzuziehen [1]). Man braucht aber auch diese noch nicht einmal, wenn die Prokura in das Handelsregister eingetragen, aber nach deren Erlöschen eine entsprechende Benachrichtigung des Registergerichts durch den Geschäftsherrn nicht erfolgt war. Dann hat der Geschäftsherr wiederum schuldhaft gehandelt, da er es verabsäumt hat, seiner Anzeigepflicht nachzukommen, und dann ist sein Verhalten wiederum ebenso zu verurteilen, wie wir es in allen anderen Fällen unseres Problems getan haben. Ist der Dritte schlechtgläubig, so sind seine Interessen auch hier nicht zu schützen. (§ 15 II).

Man könnte noch andere Bestimmungen finden, die unserem Problem unterzuordnen wären, die Beantwortung wäre aber die gleiche. Auch könnten neue Fragen in deren Zusammenhang nicht auftauchen. Wir können uns deshalb auf unsere Fälle beschränken.

Ergebnisse.

Wir haben erkannt, daß die Begründung des Problems auch bei den in diesem Abschnitt besprochenen Fällen die gleiche ist wie in dem Vorangegangenen. Wir können deshalb auf die Ergebnisse des vorangehenden Abschnitts verweisen.

Bedeutungsvoll erscheint es nur, hervorzuheben, daß die auf Seite 71 ff. aufgezeichneten Ergebnisse als einheitliches Prinzip durch alle Gesetzesbestimmungen hindurchgehen. Das aber hat uns in der Ueberzeugung, daß die gefundenen Ergebnisse mit dem in ihnen enthaltenen Prinzip tief in das Wirtschaftsleben und in das Recht des Verkehrs hineinragen und deshalb von ungeheuerer Bedeutung sind, veranlaßt, die Schranken des Gesetzes zu durchbrechen, so wie uns die hier besprochenen Bestimmungen und Fälle gelehrt haben. Wir haben uns damit den Weg freigemacht zur juristischen Beurteilung von Fällen, die — im Gegensatz zu den nicht „Angestellten", denen, die nicht „Leute" des Gastwirts sind, u. a. — noch nicht einmal in Verbindung mit einer konkreten Gesetzesbestimmung zu bringen sind. Sie sollen Gegenstand des folgenden Abschnitts sein.

V. Praktische Beispiele für Ausdehnung und Verallgemeinerung der vorangegangenen Tatbestände und des in ihnen enthaltenen Prinzips.

Bekannt ist folgender Fall: Der Gutsbesitzer A., der nicht auf seinem Gute wohnt, hat dem B. die Verwaltung übertragen und ihn durch schriftliche Vollmacht zu Rechtsgeschäften aller Art bevollmächtigt. Eines Tages kündigt A. dem B. zum Ende des

[1]) Anders Staub § 48 Anm. 8.

Monats und widerruft schon jetzt die Vollmacht durch mündliche Mitteilung an B., erhält auch die Vollmachtsurkunde zurück. Er verbietet außerdem dem B., irgendwelche Verkäufe ohne seine Genehmigung vorzunehmen. B., der im übrigen auf dem Gute in Tätigkeit bleibt, verkauft wenige Tage, bevor er den Hof verlassen muß, zwei Pferde an C. für 1000 RM. C. behält sich vor, daß die Pferde 4 Wochen auf der Weide des Gutes bleiben. Als er nach 3 Wochen die Pferde holen will, ergibt sich, daß das eine anscheinend durch einen Schlag vom anderen eine erhebliche Verletzung am Bein hat. Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob A. gegenüber den Ersatzansprüchen des C. einwenden kann, er sei durch den Kaufvertrag nicht verpflichtet worden, da B. ohne Vollmacht gehandelt habe.

Bei der Entscheidung muß man davon ausgehen, daß zunächst Vollmacht bestanden hat. A. hatte sie dem B. unter Aushändigung einer Vollmachtsurkunde erteilt ‹§§ 167, 172›. Sie war dann aber durch den Widerruf des A. und Rücknahme der Vollmachtsurkunde erloschen ‹§§ 168, 172›. Insoweit konnte demnach B. nicht als Bevollmächtigter gehandelt haben. Ein solches Ergebnis kann indessen nicht befriedigen. Man muß bedenken, daß B. noch nach Widerruf und Urkundenrücknahme nach außen dieselbe Stellung einnahm, die er vordem eingenommen hatte. Er verwaltete allein auf dem Gute und befand sich in einer Stellung, mit der im allgemeinen eine Vollmacht verbunden ist. Sein Gutsherr wohnte noch nicht einmal selbst auf dem Gute. Man wird deshalb noch weiter gehen und sagen können, er befand sich in einer Stellung, mit der eine Vollmacht verbunden sein m u ß t e, da die Verwaltung des Gutes die Vornahme von Rechtsgeschäften als Vertretergeschäften täglich fordert. Wenn danach A. den B. auch nach Erlöschen der Vollmacht, soweit sie sich als freiwillig erklärte darstellte, in dieser Stellung beließ, ihm noch nicht einmal eine andere Person als bevollmächtigten Verwalter zur Seite stellte, so handelte er nicht so, wie er unter Anwendung aller Sorgfalt handeln mußte. Sein Verhalten stellt zum wenigsten eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung dar, die die ursprüngliche Vollmacht fortbestehen ließ. Wendet aber wiederum A. ein, er sei sich dieses Erklärungswertes seines Verhaltens nicht bewußt gewesen, — daß er sich dieses Erklärungswertes seines Verhaltens bewußt gewesen sei, wird er nicht einwenden können, da dann wieder eine reservatio mentalis vorliegen würde —, so wird diese Unkenntnis auf derselben mangelnden Sorgfalt, der Schuld des Gutsherrn, beruhen, auf der sein gesamtes Verhalten beruht. Er mußte sich sagen, daß es naheliegt, anzunehmen, B. schlösse noch weitere Verträge in seinem ‹des Gutsherrn› Namen ab, und deshalb zum wenigsten sich fragen, ob er aus denselben zu haften haben würde. Er mußte sich auch sagen, daß nach der ganzen Sachlage nichts gegen ein Fortbestehen der früher erteilten Vollmacht sprach. Tat er das alles nicht, sondern ließ alle erheb-

lichen Umstände außer acht, so muß er sich gefallen lassen, daß seinem Verhalten Erklärungsbewußtsein und Erfolgswille beigelegt wird, und auf diese Weiterbevollmächtigung stützt sich die Vollmacht des B., sodaß A. gegen eine Bindung aus dem Vertrag nichts einwenden kann. Er kann es nur dann, wenn C. schlechtgläubig gewesen ist.

Das Gleiche gilt für folgende Fälle[1]: Die Köchin des ledigen Professors X. hat jahrelang alle Wirtschaftsgeschäfte in seinem Namen besorgt und der Professor die eingegangenen Rechnungen anstandslos bezahlt. Wegen Unredlichkeit entlassen, fährt sie fort, in verschiedenen Läden Waren kreditweise auf seinen Namen zu entnehmen. Ferner: ein Lieferant hatte der Köchin auf Anordnung des Professors ein Buch gegeben, in das alle Bestellungen eingetragen und das dem Professor periodisch zur Begleichung vorgelegt wurde; die Köchin hatte eben dieses Buch, das der Dienstherr ihr abzufordern vergessen hatte, nach ihrer Entlassung dazu benutzt, um Waren von dem Lieferanten zu erschwindeln.

In beiden Fällen war die Vollmacht der Köchin, soweit sie freiwillig erklärt war, mit ihrer Dienstentlassung erloschen (§ 168). Dies Erlöschen aber mußte der Professor auch dem Lieferanten, sei es daß die Köchin mit, sei es daß sie ohne Buch einkaufte, anzeigen. Durch die jahrelange anstandslose Bezahlung der Rechnungen durfte der Lieferant annehmen, daß die Vollmacht der Köchin fortbestehe. Er war der jedesmaligen Prüfungspflicht entbunden. Das gilt insbesondere, wenn die Köchin noch in der Lage war, das Einkaufsbuch vorzulegen. Zeigte der Professor das Erlöschen nicht an, so handelte er eben fahrlässig. Sein Verhalten stellt wiederum eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung dar. Im übrigen ist die Konstruktion die gleiche wie oben.

Es ist oben darauf hingewiesen worden, daß in unseren Fällen die Voraussetzungen für die Weiterbevollmächtigungserklärung dieselben sind, wie diejenigen der Anfangs-Bevollmächtigungserklärung. Man wird daher einer vollständigen Behandlung und restlosen Erkenntnis des Problems dienen, wenn man auch aus letzterem Gebiete einige Beispiele hier anführt. Das Reichsgericht hat mehrfach derartige Fälle entschieden und ist dabei zu denselben Ergebnissen — allerdings ohne rechtssystematische Begründung — gekommen wie wir. Bahnbrechend war dabei die ältere Entscheidung in Bd. 65, S. 295. Neuererzeit hat es die dort vertretene Ansicht in einer großen Anzahl von Entscheidungen aufrecht erhalten, so z. B. in der Entscheidung vom 24. 6. 1926.[2] Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die klagende Stadtgemeinde betreibt eine Sparkasse, deren Leiter (Rendant) ein gewisser S. und deren Gegenbuchhalter ein gewisser W. waren. Die Sparkasse wird nach § 6

[1] Lenel a. a. O. Nr. 178.
[2] Warneyer Rechtsspr. 1926, Nr. 154.

der Satzung durch den Vorstand verwaltet, der sich zusammensetzt aus dem Bürgermeister als Vorsitzenden und vier Mitgliedern, von denen die Hälfte Stadtverordnete sein müssen, sowie ferner aus dem Leiter der Sparkasse, der aber nur beratende Stimme hat. Nach der Satzung kann der Vorstand die Bewilligung von Krediten einem Ausschuß übertragen, der aus dem Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter, mindestens 2 der Stadtverordnetenversammlung angehörenden Vorstandsmitgliedern und dem Leiter der Sparkasse besteht; die bewilligten Kredite bedürfen jedoch der Prüfung und der Genehmigung durch den Vorstand. Am 28. 3. 1924 haben S. und W. einen von ihnen unter Beisetzung des Stempels der Sparkasse akzeptierten Wechsel über 35 000 Rentenmark an den Beklagten mit folgendem Begleitschreiben übersandt:

B., den 28. 3. 1924.

An den
Spar- und Darlehnskassenverein
in D.

Anliegend überreichen wir Ihnen einen von uns akzeptierten Wechsel über 35 000 Rentenmark, den sie als Sicherheit für den der Firma St. R. & Co. in L. bewilligten Wechselkredit betrachten wollen. Die Gesamtsumme der von Herrn St. ausgestellten Wechsel darf 35 000 Rentenmark nicht überschreiten. Ferner ist es erforderlich, daß Sie uns Mitteilung machen, sobald ein Wechsel diskontiert wird. Ebenso ist die Angabe der Verfalldaten nötig Von dem Wechsel wollen Sie nur Gebrauch machen, wenn einer der von Ihnen auf St. gezogenen Wechsel nicht eingelöst werden sollte. Nach Erledigung der Verbindlichkeiten des Herrn St. Ihnen gegenüber wollen Sie den Wechsel nicht an St., sondern an uns zurückgeben. Wir bitten Sie, uns zu bestätigen, daß Sie mit den vorstehend angegebenen Voraussetzungen einverstanden sind.

Die Firma St. R. & Co erfüllte ihre Verbindlichkeiten gegenüber dem Beklagten nicht. Dieser begab den Wechsel an die Ländliche Zentralkasse in M., die ihn am 30. 10. 1924 gegen die Klägerin mangels Zahlung protestieren ließ.

Den Gründen des R. G. entnehmen wir, daß es für die Frage der stillschweigenden Bevollmächtigung darauf ankomme, wie das ganze Verhalten des Vertretenen in Ansehung der Handlungen des Vertreters von den mit diesem kontrahierenden Dritten aufgefaßt werden mußte. Das R. G. legt demnach auch das Hauptgewicht auf das Verhalten des Vertretenen Dasselbe muß nach den gesamten Umständen — insbesondere, wie das R. G. hervorhebt, nach den Handlungen des Vertreters — auf eine Bevollmächtigung deuten. Wesentlich ist es nun hervorzuheben, daß das R. G. wie wir nicht überall dort, wo ein solches schlüssiges Verhalten vorliegt, eine stillschweigende Bevollmächtigung annimmt. Es führt aus, es müsse „nach Treu und Glauben" dahin gedeutet werden können. Es fragt sich nur, welcher Maßstab diesem Treu und Glauben zugrunde zu legen ist. Gerade das Streben nach Beantwortung dieser Frage, zum wenigsten nach Aufstellung brauchbarer Grundsätze, die genauere und vorgeschriebenere Richtung zur Beantwortung der Frage geben, ist es, was man bei unserem Problem in Wissenschaft und Rechtssprechung vermißt. Auch hier, d. h. bei

der Auslegung des von dem R. G. herangezogenen Treu und Glaubens hat man, wie bereits oben erkannt worden ist, mehrere Fälle zu unterscheiden: Einmal, daß der Vertretene wohl das Verhalten des Vertreters und damit sein eigenes Verhalten kennt, auch weiß, daß auf eine Bevollmächtigung geschlossen werden kann. Will er dieselbe dann nicht, so liegt nach obigem ein Fall des § 116 B. G. B. vor. Oder daß er zwar das Verhalten des Vertreters und damit auch sein eigenes Verhalten kennt, aber nicht annimmt, daß aus ihm auf eine stillschweigende Bevollmächtigung gedeutet werden kann. Dann wird nach obigem, und wie noch weiter zu begründen sein wird, Treu und Glauben dahin zu deuten sein, daß diese Unkenntnis auf Verschulden beruhen muß. Oder daß der Vertretene noch nicht einmal das Verhalten des Vertreters und damit sein eigenes Verhalten kennt. Dieser Fall liegt hier zugrunde und da, sagt das R. G., komme es darauf an, daß der Vertretene bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt von dem Verhalten des Vertreters Kenntnis haben mußte. Liegt das vor, und durfte der Dritte nach den gesamten Umständen annehmen, dieser Sorgfaltspflicht sei Genüge getan, so soll eine stillschweigende Bevollmächtigung angenommen werden dürfen. Diese Ansicht ist dieselbe, die wir oben mehrfach vertreten haben, nur haben wir als wesentlich die aus der schuldhaften Unkenntnis über das Verhalten des Vertreters folgende schuldhafte Unkenntnis des Vertretenen über den Erklärungswert seines eigenen Verhaltens bezeichnet. Darüber wird noch zu reden sein. Hervorgehoben werden soll nur noch, daß das R. G. in dieser Entscheidung die schuldhaft unbewußte Duldung der bewußten Duldung gleichstellt, ohne auch diese Fälle zu erklären, insbesondere bei ihnen den Maßstab von Treu und Glauben aufzustellen. Wir haben es mehrfach im Vorangehenden getan; es soll aber auch darüber noch gesprochen werden, insbesondere die rechtssystematische Erklärung und die Schwierigkeit der Irrtumsanfechtung darzulegen und zu lösen versucht werden.

Einen interessanten Fall behandelt das R. G. auch in dem Bd. 117, S. 164 ff., wo es sich darum handelt, ob ein kaufmännischer Angestellter als zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten stillschweigend bevollmächtigt angesehen werden kann. Dort hatte ein gewisser Dr. G. für seine Firma, die ihre Hauptniederlassung in Berlin-Zehlendorf und eine Zweigniederlassung in Spandau hatte, einen Wechsel akzeptiert, ohne Geschäftsführer zu sein oder sonst entsprechende Vollmacht zu besitzen. Es war aber festgestellt worden, daß er nach dem Tode seines Vaters, welcher Geschäftsführer der Firma ‹Beklagten› war, dem Personal der Spandauer Zweigniederlassung gegenüber und nach außen die Stellung eines Geschäftsführers einnahm, das Spandauer Werk selbständig leitete, die Geschäftsbriefe unterschrieb, eingehende Kundenwechsel mit dem Giro der Beklagten zeichnete und diese Tätigkeit auch weiter ausübte, als sich Anfang 1925 ein Direktor Sch. bei dem Spandauer Werk

als Geschäftsführer vorgestellt hatte. Das R. G. kommt hier zu demselben Ergebnis wie in der vorangegangenen Entscheidung, d. h. zur Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung. Auch ist unsere Begründung die gleiche; wir können daher davon absehen, sie im einzelnen zu besprechen. Das R. G. verweist im übrigen auf die Entscheidungen im Bd. 65, S 295, ferner Bd. 100, S. 49, und J. W. 1927, S. 1249 Nr. 5 und stellt als einheitlichen Satz auf, es komme für die Frage nach der stillschweigenden Bevollmächtigung nicht sowohl darauf an, ob der Vertretene die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Vertreters gekannt und geduldet hat, als vielmehr darauf, wie das Verhalten des Vertretenen gegenüber dem des Vertreters von den mit diesem abschließenden dritten Personen aufgefaßt werden mußte, d. h. ob es von ihnen nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden durfte, daß dem Vertretenen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Verhalten des Vertreters nicht habe verborgen bleiben können, und daß es daher von ihm geduldet werde. Die gleiche Ansicht vertritt es in weiteren ähnlich gelagerten Fällen. Es muß genügen, hier auf dieselben zu verweisen.[1] Man erkennt jedenfalls, daß das mit uns im Ergebnis übereinstimmende Reichsgericht seine Ansicht stets auf Treu und Glauben im Verkehr stützt, ohne eine eingehendere Begründung zu geben, insbesondere zu bedenken, daß die stillschweigende Bevollmächtigung als Willenserklärung, die sie nun einmal darstellt, am problematischsten ist. Wir wollen im Folgenden zunächst eine kurze Zusammenfassung der gewonnenen Grundsätze geben, wann eine stillschweigende Bevollmächtigung angenommen werden darf, und dann die stillschweigende Bevollmächtigung als Willenserklärung, d. h. von rechtssystematischen Gesichtspunkten ausgehend, einer eingehenden Prüfung unterziehen.

VI. Gesamtergebnisse.

Für Fortbestehen (bezw. Entstehen) einer Vertretungsmacht ist erforderlich:

a) in der Person des Vertretenen:

Der Vertretene muß unter Fehlen des entsprechenden Rechts-Folgewillens und Erklärungsbewußtseins ein Verhalten an den Tag legen, das unter Würdigung aller Umstände, beruflicher und örtlicher Verhältnisse und mit Rücksicht auf Treu und Glauben auf eine Weiter- bezw. Bevollmächtigung schließen läßt. Das Verhalten

[1] Siehe Bd. 115 S. 317, 116 S. 252, (4), 118 S. 234 ff., Lp. Ztschr. 1919 S. 166, Recht 1918, Sp. 669 und 762, 1923 Sp. 219, J. W. 1925 S. 1753, 1927 S. 1249, beide nebst bedeutsamen Anm., und Seuff. Arch., Bd. 82 Nr. 154, endlich R. G. K. I § 167 Anm. 1. Siehe auch den von dem OLG. Hamburg entschiedenen Fall in Seuff. Arch., Bd. 74 Nr. 82, das die §§ 170/71 B. G B. analog anwendet.

kann in einem schlüssigen Tun und ebensolchen Nichttun ‹Dulden› bestehen. Ersteres sahen wir in den Fällen der §§ 170 – 172 B. G. B., der Hingabe einer Hotelmütze, dem Anstellen in einem Laden, desgleichen als selbständigen Gutsverwalter u. a. Letzteres ist wiederum in ein bewußtes und unbewußtes Dulden zu trennen. Ein bewußtes Dulden sahen wir in den Fällen z. B., wo der Geschäftsherr den Angestellten auch nach Widerruf der Vollmacht noch wissentlich in dem Laden tätig sein ließ, wenn der Gutsherr wissentlich den Verwalter in der alten Tätigkeit und Rechtsstellung nach außen beließ und wenn jemand ebenso wissentlich es verabsäumte, die Quittung von demjenigen zurückzunehmen, dem er dieselbe unter Erteilung der Vollmacht ausgehändigt und dessen Vollmacht er später widerrufen hatte. Wir sahen es auch in dem Fall des § 172, wo der Vertretene eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt und nicht zurückgenommen hatte. Ein unbewußtes Dulden endlich lag vor, wenn der Geschäftsherr den Angestellten nach Vollmachtswiderruf als solchen auftreten, der Gastwirt jemanden als zur Empfangnahme von Gepäck bestellt auftreten ließ, ohne daß sie davon wußten, auch in den vom R. G. entschiedenen und den anderen im vorangehenden Abschnitt besprochenen Fällen.

Es muß weiterhin die Unkenntnis des Erklärungswertes auf einem Verschulden des Vertretenen beruhen. Das Verschulden ist hier ein weitgehender Begriff. Es umfaßt auch die Fälle, die im gewöhnlichen Rechtsverkehr nur als „zurechenbare" zu bezeichnen sind, d. h., wo der Vertretene unter Wahrung der im gewöhnlichen Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt einen Erfolg herbeiführt, für den der Betreffende einzustehen hat, weil er keinem anderen zuzumuten ist. In unseren Fällen „erfordert" der Rechtsverkehr eben mehr als in anderen. Das liegt daran, daß dem Verhalten des Vertretenen der Schutz des gutgläubigen Verkehrs gegenübersteht. Dieser erfordert von dem Betreffenden ein Verhalten, das jedwede Aufmerksamkeit und Vorsorge aufwendet, damit nicht das Verhalten zu einem „bevollmächtigenden" werde. Die Unkenntnis über den Erklärungswert kann deshalb nur dann nicht auf Verschulden beruhen, wenn der Eintritt der Umstände, in deren Zusammenhang das Verhalten zu einem bevollmächtigenden geworden ist, mit der Person des Vertretenen nichts mehr gemein hat, und zwar entweder deshab, weil der Kausalzusammenhang zwischen seiner Person und dem Entstehen des Erklärungswertes fehlt, oder ein Verschulden infolge mangelnder Geschäftsfähigkeit überhaupt ausgeschlossen ist.

Das Erfordernis der Schuld ist auch der tiefere Grund, weshalb Oertmann, der die Kundgebung des § 171 und die Aushändigung der Vollmachtsurkunde des § 172 als bloße Tatsachen hinstellt, zugleich für deren rechtswirksame Vornahme Geschäftsfähigkeit – zum wenigsten beschränkte – fordert.[1] Wo keine Geschäftsfähigkeit

[1] § 171 unter 1 a βγγ, § 172 unter 1 c α, anders allerdings schon wieder Zeitschr. f. d. ges. H. S. 470.

vorhanden ist, besteht auch keine Verschuldensfähigkeit bezw. nur beschränkte Verschuldensfähigkeit (§ 828 B. G. B.).

In der Literatur ist man sich über das Erfordernis der Schuld und insbesondere darüber, daß auf sie die Unkenntnis über den Erklärungswert des Verhaltens bezogen werden muß, nicht klar. Die einen, und zwar die Anhänger der Theorie des Rechtsscheins, die von einem „äußeren Tatbestand", der einen Rechtsschein erzeuge, reden, setzen anstelle der Schuld ein reines Veranlassen. Sie wenden mithin anstelle des Schuldprinzips das Veranlassungsprinzip an. Man liest dort, der äußere Tatbestand müsse von dem Betreffenden entweder „veranlaßt oder doch mitveranlaßt worden sein",[1] müsse „mit Zutun des Vertretenen zustande gekommen sein[2]), müsse durch ein Verhalten des Geschäftsherrn zustande gekommen sein[3]), müsse auf ein Verhalten des Vertretenen zurückgehen"[4]) und andere Redewendungen. Man vermißt aber die Erklärung dessen, was unter dem Veranlassen verstanden und wann ein solches angenommen werden muß. Es wird von ihnen behauptet, es sei schwer abzugrenzen, wann im einzelnen ein Veranlassen vorliege. Damit kann man sich aber nicht begnügen, da erstens die Grenzen zu flüssig sind und zweitens die Anwendungsmöglichkeit so groß ist, daß das Schutzinteresse des Vertretenen in unbilliger Weise vernachlässigt wird. Das Bestreben eines für unsere Fälle anzuwendenden Prinzips muß gerechter Ausgleich der Interessen sein, die hier hart aneinander stoßen. Das rechte Maß, womit dabei zu messen ist, kann aber nur das Verschuldensprinzip gewähren. Das haben wir aus den vorangegangenen Fällen erkannt. Wir halten uns damit im Rahmen des Gesetzes, das ebenfalls den Widerstreit der Interessen in den allermeisten Fällen mit dem Verschuldensprinzip löst. Auch kann man sich nichts darunter vorstellen, wenn einige[5]) unsere Vollmacht als eine Reflexwirkung des guten Glaubens" bezeichnen. Für uns ist sie ein Eintretenmüssen für eine Schuld, bei der die Gutgläubigkeit des Dritten nur darüber zu entscheiden hat, ob aus ihr gehaftet werden soll oder nicht.[6])

Andere, vor allem das R. G., gründen ihre Entscheidungen auf Treu und Glauben, ohne festere Grenzen zu geben. Man kann aber wohl sagen, daß auch die meisten Entscheidungen als tieferen

---

[1]) v. Seeler, S. 36, auffallenderweise auch R. G., Dtsch. J. Z. Sp. 173.
[2]) Wellspacher S. 102.
[3]) Goldberger S. 75 ff., Hupka S. 421 ff.
[4]) R. G. Warn. Bd. 6 Nr. 130.
[5]) So Staudinger und Wellspacher a. a. O.
[6]) Anders v. Seeler S. 2, auch Heymann S. 329, Anm. 74, der ein Verschulden offenbar nur deshalb ablehnt, weil ähnliche Tatbestände, z. B. §§ 892, 58 keine Exculpation zuließen. Es ist aber unrichtig, nur dort, wo eine solche gegeben ist, ein Verschulden zu fordern. Das Gesetz konnte nicht von Verschulden reden, weil dessen Inhalt hier weitgehender ist als im gewöhnlichen Rechtsleben, und deshab eine Exc. in nur seltenen Fällen überhaupt möglich ist (siehe oben).

Grund für das Eintretenmüssen ein Verschulden des Vertretenen erkennen lassen. [1]

Auch wird das Erfordernis der Schuld in der Literatur offen anerkannt. Dieselbe hat neuerdings wieder Manigk [2], nachdem er sich schon früher dafür ausgesprochen hatte [3], gefordert. Er führt in der „Praxis des Reichsgerichts" aus, es habe sich dogmatisch die Notwendigkeit ergeben, Zurechnung und Schuld auch im Tatbestande der Willenserklärung anzuerkennen, nämlich hinsichtlich des Erfolges der Beeinflussung fremder Vorstellungen und fremden Vertrauens. Es handele sich um ein Eintretenmüssen für den Erklärungswert. Der Ausgangspunkt, den Manigk für diese Darlegungen wählt, ist besonders für uns von Bedeutung. Er sagt dort, es gebe Formeln vom Grade voller Deutlichkeit der Erklärung bis hinab zur einfachen Möglichkeit der Schlußfolgerung. Letzterer Formel — und das trifft vor allem in unseren Fällen zu — läge aber die Anschauung zugrunde, daß der Erklärungsgegner mit entsprechend gesteigerter Sorgfalt nach dem Sinn der Erklärung zu forschen, gegebenenfalls selbst für größere Klarheit des Willensausdrucks Sorge zu tragen habe. Es gebe eine Verantwortlichkeit des Erklärenden und eine solche des Gegners. Letzteres ist allerdings erst unter c zu beachten. Die Ausführungen von M. insgesamt weisen uns auf eine feine Unterscheidung und Richtlinie für unsere Fälle hin: Es ist die Verantwortlichkeit des Erklärenden und des Gegners für den Sinn der Erklärung und den Schluß aus ihr, ein gegenseitiges Eintretenmüssen für Verschulden. „Treu und Glauben kennt keine Einseitigkeit". [4] Wenn auch Manigk gerade in unseren Fällen — abgesehen von dem Erfordernis der Schuld — andere Wege geht ⟨siehe nächsten Abschnitt⟩ so waren diese Ausführungen doch wert genug, hier angewandt zu werden, weil sie die Schuld bei der Erklärung behandeln. Wir möchten außerdem mit Manigk [5] auf Titze verweisen, der in demselben Zusammenhang ausführt: „Immer aber muß ihnen zufolge die eine Partei wissen, oder doch schuldhafterweise nicht wissen, daß die Gegenpartei mit der Erklärung einen anderen als den üblichen Sinn verbindet [6]. Ein Verschulden setzt auch Hupka voraus, wenn er sagt, es müsse dann, wenn die äußeren Umstände auf eine Bevollmächtigung deuten, eine solche aber nicht erfolgt ist, oder doch zum wenigsten eine ausdrückliche Bevollmächtigung nicht erfolgt ist, auf Seiten des Vertretenen immer entweder eine Unredlichkeit oder doch

[1] R. G. ⟨Bl. f. R.⟩ 1914 S. 89, Bd. 1 S. 8, 5 S. 16, 22 S. 76, 65 S. 295, Recht 1918 Nr. 669, J. W. 1925 S. 1753, 1918 S. 234 ⟨39⟩, 1927 S. 1249, auch Bd 117 S. 167, 116 S. 254 u a., endlich OLGE. Bd. 13 S. 328.

[2] a. a. O ⟨R. G. Praxis⟩ S. 154.

[3] a. a. O. ⟨Jrrt. und Ausl.⟩ S. 246 ff., 250 ff.

[4] Manigk verweist dabei vor allem auf R. G. Bd. 110 S. 35 ff., 112 S. 259 ff., 116 S. 254, 117 S. 167.

[5] a. a. O. Anm. 77.

[6] S. 91, 371.

eine Unvorsichtigkeit vorliegen. [1] Fr. Leonhard, [2], der im übrigen Anhänger der Theorie des Rechtsscheins ist, führt aus, entgegen dem Fall, wo der Herr den Vertreter in einem Verkaufsraum schalten lasse oder ihm einen Titel ‹Direktor› verleihe, sei, z. B. bei Anstellung eines Dienstboten, der Schein nicht von ihm hervorgerufen, auch habe er keine sichere Möglichkeit, dagegen zu protestieren. Er fordert demnach für das Vorliegen des Scheins die sichere Möglichkeit, gegen ihn zu protestieren. Das bedeutet, daß auch Leonhard Verschulden fordert, denn jedes Nichtausnutzen der sicheren Möglichkeit muß ein solches bedeuten. Er fordert allerdings Verschulden für Hervorrufen des Scheins, wir dagegen für die Unkenntnis über den Erklärungswert des Verhaltens. Der Unterschied ist nur aus der grundlegenden Verschiedenheit der Rechtsscheinstheorie und der Theorie der stillschweigenden Bevollmächtigung zu erklären. In neuester Zeit hat auch Brose [3] die Schuld gefordert. Er sagt, für das Haftbarwerden aus einem derartigen Verhalten müsse man ein Verschulden auf Seiten des Erklärenden verlangen, und das folgert er ebenso wie wir daraus, daß nur eine Interessenabwägung die Fälle erkennen lassen kann, wo eine Haftung des Betreffenden notwendig in Frage kommt. Er führt dazu richtig weiter aus, diese Abwägung ließe nicht immer einseitig das Vertrauen des Erklärungsempfängers schutzbedürftig erscheinen, vielmehr führe sie zur Hervorkehrung gewisser Mindestvoraussetzungen auch auf Seiten des Betroffenen. Mindestvoraussetzung aber ist das Verschulden. Die Ausführungen des Schriftstellers leiden – bezüglich unserer Fragen – allerdings darunter, daß er ‹mit Staub› von vorn herein ablehnt, auch konstruktiv die Fälle zu erfassen. Das erscheint aber nicht allein unjuristisch, sondern auch unmöglich, denn man kann nicht lediglich von dem Verschulden in irgend einer Beziehung den Bestand einer Willenserklärung abhängig machen, wie man etwa von dem Verschulden einen Schadensersatzanspruch abhängig machen kann. Das Verschulden muß sich vielmehr auch auf die Willenserklärung und deren Tatbestandsmerkmale beziehen. Das betreffende Tatbestandsmerkmal ist hier das Bewußtsein über den Erklärungswert des Verhaltens. Im Grunde aber scheint Brose deshalb nicht zu unserem Ergebnis kommen zu können, weil er in seinen vorangehenden Ausführungen den Bestand einer Willenserklärung dort ablehnt, wo dieses Bewußtsein fehlt. Wir halten aber daran fest, daß dann, wenn das Fehlen dieses Bewußtseins auf Verschulden beruht, im Interesse billiger Ergebnisse doch eine Willenserklärung angenommen werden muß. Es würde darüber im nächsten Abschnitt zu reden sein. Zu den Gegnern von Brose rechnen auch Jung, Manigk, Binder und Hölder.

Endlich fordert auch Rümelin ‹a. a. O.› ein Verschulden, wenn

[1] S. 120.
[2] a. a. O. S. 47.
[3] a. a. O. S. 205/6.

er sagt, in den Fällen wie den unsrigen reiche man mit dem Gesichtspunkt völlig aus, daß entweder auf einen real vorhandenen Vollmachtswillen geschlossen werden könne, oder doch mindestens die handelnde Person, wenn sie auf den entscheidenden Punkt aufmerksam gemacht worden wäre, bei richtiger Würdigung ihrer Interessenlage eine entsprechende Erklärung abgegeben haben würde.

Unter die Gegner unserer Ansicht, d. h. derer, die eine Schuld fordern, ist neben Heymann [1], Jacobsohn [2], auch von Tuhr [3] zu rechnen. Eine Bevollmächtigungserklärung scheint nach der Meinung des letzteren nur dann vorzuliegen, wenn der Vertretene das Verhalten des Vertreters kannte und in der Lage war, dagegen einzuschreiten. „Fahrlässigkeit in der Beaufsichtigung von Angestellten, wodurch Dritte in den irrigen Glauben an eine Vollmacht versetzt werden", so führt er aus, „kann unter Umständen zu Schadensersatz verpflichten (insbesondere wenn zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten eine Geschäftsverbindung besteht, R. G. Bd. 73, S. 351, OLG. Bd. 30 S. 391), nicht aber als stillschweigende Bevollmächtigung gelten." Von Tuhr rechnet zu denen, die eine Willenserklärung nicht mehr annehmen, wo das Bewußtsein über den Erklärungswert fehlt. Für ihn kann daher ebenso wie bei Brose die Frage der stillschweigenden Bevollmächtigung für die hier besprochenen Grenzfälle nicht auftauchen. Es ist richtig, wenn er sich dann auf eine etwaige Schadensersatzpflicht bezieht. Wir lehnen eine solche nicht ab, möchten aber darauf hinweisen, daß dem Betroffenen beides zur Seite steht, um zum Ersatz etwaigen Schadens zu gelangen: die Wirkungen einer Bevollmächtigungserklärung und die gewöhnlichen Schadensersatzfolgen bei Verschulden. Das eine schließt dabei das andere aus. Von Bedeutung wird aber und die befriedigendere Lösung erlangt unsere Ansicht dann, wenn man Grenzfälle zu entscheiden hat, d. h. Fälle, wo ein etwaiges Verschulden des Betreffenden aus dem Gesichtspunkt einer dauernden Geschäftsverbindung oder, was oft herangezogen wird, einer culpa in contrahendo ausscheidet. Hier kommen vor allen Dingen die Fälle in Betracht, wo entweder eine Geschäftsverbindung nicht besteht, oder es trotz Vorliegens einer culpa in contrahendo zu einem Vertragsschluß nicht gekommen ist, oder wo es sich überhaupt um Fälle handelt, die nicht in das kaufmännische, sondern in das außerkaufmännische Rechtsleben fallen; denn es besteht kein Grund, die hier gefundenen Grundsätze nicht auf den gesamten Rechtsverkehr anzuwenden. [3]

b) Von dem Vertreter wird nur zu fordern sein, daß er im Namen des Vertretenen handelt. Ist das Verhalten des letzteren im übrigen so, wie wir es dargelegt haben, so wird der Vertreter aus dem Geschehen ausgeschieden. Hat er dabei gewußt, daß er

[1] S. 109 Anm 2.
[2] Siehe die Kritik bei Brose, insbes. S. 206.
[3] S. 393.
[4] Für eine Verallgemeinerung auch Brose a. a. O. S. 204.

nicht bevollmächtigt war, etwa die Umstände, die ihm eine Vertreterstellung einräumten, wissentlich und widerrechtlich ausgenutzt, so kann sich der Vertretene wegen des daraus entstandenen Schadens an ihn halten. Hat er nicht gewußt, daß er, ohne bevollmächtigt zu sein, handelte, so wird ihm daraus ein Nachteil nicht erwachsen können.

c) Von dem Dritten wird, wie schon mehrfach hervorgehoben wurde, „Gutgläubigkeit" gefordert. Was darunter zu verstehen ist, ergibt der § 173 B. G. B.: Der Dritte darf nicht wissen, daß der Vertreter ohne Vollmacht handelt und diese Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhen. Dies Erfordernis wird in allen Fällen gestellt werden müssen und findet seine Grundlage in dem angeführten § 173 selbst, der zu entsprechender Anwendung berechtigt. [1] Danach muß der Dritte stets unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt prüfen, ob die Umstände derart sind, daß man auf eine Weiter- bezw. Bevollmächtigung schließen darf. Liegen irgendwelche auch nur verdächtigen Umstände vor, die auf das Fehlen der Vollmacht deuten, und unterläßt er es, über die wahre Rechtslage sich Aufklärung zu verschaffen, so wird er dafür einzustehen haben und zwar dadurch, daß eine Bevollmächtigung nicht angenommen wird. Eine besondere Erkundigungspflicht wird man im übrigen nicht fordern können, da sie dem anerkannten erhöhten Schutzbedürfnis unserer Fälle zu sehr im Wege stehen würde. Es besteht aber für ihn eine erhöhte Sorgfaltspflicht. Zur Erkenntnis dessen sei an den Fall erinnert, daß ein Geschäftsherr den Mangel der Inkassovollmacht der Angestellten durch das Schild: „Zahlung nur an der Kasse" Dritten gegenüber kenntlich gemacht hat, und ein Kunde dies übersieht. Auch bedenke man den Fall, daß jemand eine Kundgebung im Sinne des § 171 B. G. B. zuschickt, der Empfänger aber aus einem in seiner Person liegenden Grunde von ihr keine Kenntnis erhält. Den § 370 wird man anstelle des § 173 zur entsprechenden Anwendung nicht heranziehen können, da diese Bestimmung nur von dem Dritten bekannten Umständen, nicht aber von Umständen handelt, die dem Dritten bekannt sein müssen. [2] Es besteht kein Grund, den Dritten einer Sorgfaltspflicht zu entheben. Das entspricht dem, was Manigk mit den Worten ausdrückt: „Es gibt nicht nur eine Verantwortlichkeit des Erklärenden für den Erklärungswert, sondern auch eine solche des Gegners (Dritten). Treu und Glauben kennt keine Einseitigkeit." [3]

So wird man stets von dem Verhalten des Vertretenen ausgehen müssen, wenn es fraglich ist, ob eine Bevollmächtigung angenommen werden darf, und zu fragen haben, welchen Erklärungswert ihm unter Berücksichtigung aller Umstände zukommt. Dann wird die weitere Frage sein, ob der Erklärende sich des Erklärungs-

[1] Goldberger S. 87 und die dort angegebene Literatur.
[2] Gegen Goldberger S. 89, ähnlich Biermann S. 128.
[3] S. 154. (R. G. Praxis).

wertes bewußt war und der Dritte die wahre Rechtslage weder kannte noch kennen mußte. War dem Vertretenen der Erklärungswert schuldhafterweise nicht bekannt und kannte der Dritte die wahre Rechtslage schuldhafterweise nicht, so ist jedem sein Verhalten entgegen zu halten. Liegt beides zugleich vor, so wird eine Ausgleichung nach § 254 B. G. B. stattzufinden haben. Wenn auch der Grundsatz dieser Bestimmung nur für den Ausgleich von Schadensersatzansprüchen gilt, so wird man ihn trotzdem auch hier verwenden können, wo es sich letzten Endes immer um Schadensausgleich handelt. Ist allerdings das Verschulden auf der einen Seite gegenüber demjenigen auf der anderen Seite erheblich geringer, so wird ersteres nicht in Betracht zu ziehen sein, also eine Ausgleichung nicht stattzufinden brauchen.

VII. Würdigung des Verhaltens nach rechtssystematischen Grundsätzen.

Nachdem die Erfordernisse für das Vorliegen einer Vollmacht und Bevollmächtigung erkannt sind, soll eine rechtssystematische Würdigung des Vorganges angeschlossen werden. Da wir uns damit auf das umstrittenste Gebiet des Rechts begeben, nämlich auf das der Willenserklärung, so soll dieser Abschnitt infolge seiner Ausdehnungsmöglichkeit darauf beschränkt werden, im wesentlichen nur das zu bringen, was Verfasser auf Grund seiner Studien in der Literatur [1]) für die Entscheidung des Problems beitragen möchte.

Auszugehen ist dabei von dem Wesen der Willenserklärung und deren Erfordernissen: Man kann die Willenserklärung als ein Werkzeug bezeichnen, dessen man sich im Rechtsleben zur Erreichung eines bestimmten Zieles bedient. Sie ist ein Begriff, der im „Rechtsleben" lebendig ist. Rechtsleben bedeutet Gemeinschaftsleben. Sie findet also ihre Grundlage in dem Leben der Gemeinschaft, d. h. der von der Gemeinschaft anerkannten Subjekte. Das war nicht immer so. Bei Völkern primitivster Kulturstufe bedurfte es keines solchen Werkzeugs. Das Werkzeug war die Faust. Auf Grund deren errang der Starke das, was er zu besitzen wünschte. Es gab keine Rechte und Pflichten, d. h. soziologische Bindungen. Diese entstanden erst, als der einzelne sich als Glied einer Gemeinschaft fühlte und in deren Anerkennung sich unterordnen lernte. Die Unterordnung vertiefte sich dann in dauernder Uebung, in Gewohnheit und Sitte, bis sie zu der geschriebenen Rechtsordnung wurde.

[1]) Vor allem bei Jung a. a. O. (Ges. R.) § 43, 44, 48, 50, 52, Manigk: Irrtum und Auslegung, Willenserklärung und Willensgeschäft, Revisibilität der Willenserklärung, Brose a. a. O., Biermann a. a. O., Titze a. a. O.

Die Rechtsordnung ist also Gemeinschaftsordnung und ihr Zweck wie der des gesamten Rechts, das Leben des einzelnen in der Gesamtheit zu regeln. Sie erfüllt nun ihre Aufgabe dadurch, daß sie entweder dem anerkannten Rechtssubjekt Freiheit des Handelns gewährt und nur im einzelnen prüft, ob diese Handlung geeignet ist, einen Rechtserfolg, d. h. einen mit dem Gemeinschaftsleben und dessen Ordnung zu vereinbarenden Erfolg, herbeizuführen. Ist die Handlung geeignet, so hat die Rechtsordnung kein Interesse mehr an dem weiteren Geschehen, ist die Handlung nicht geeignet, so versagt die Rechtsordnung jedwede Wirkung, indem sie die Nichtigkeit, d. h. die rechtliche Unbedeutsamkeit der Handlung, ausspricht. Hier also ist es der einzelne, der seine Interessen vertritt. Die Rechtsordnung erfüllt aber ihre Aufgabe weiterhin dadurch, daß sie von sich aus bestimmt, daß im Interesse der Gemeinschaft rechtlich etwas irgendwie beschaffen sein soll. Hier braucht der einzelne weder seine Interessen, noch die Interessen der Gemeinschaft zu vertreten, wenn er eine Handlung vornimmt oder eine solche Eigenschaft besitzt, sondern es drängt sich das Gesetz auf, läßt den einzelnen hinblickend auf die Gemeinschaft fallen und bestimmt, daß etwas so sein soll, wie es den Interessen dieser Gemeinschaft entspricht. Es drängt also von außen her in einen Vorgang den Wert, den er von innen her, d. h. von Seiten desjenigen, der mit ihm in Verbindung steht, meist ihn verursacht hat, haben müßte. Das tut es dann eben wieder, um seinen Zweck zu erfüllen, nämlich das Gemeinschaftsleben zu ordnen. Dabei muß es dem einen nehmen, was es dem anderen gibt.[1] Warum dann aber noch viele sich scheuen, von einer Fiktion zu reden, ist unverständlich.[2] Heute flieht jeder den Begriff. Man will nichts mehr dort hineinlegen, wo es nachweislich fehlt. Dieser Grundsatz spricht u. a., was hier insbesondere interessieren dürfte, aus der oft zu lesenden Redewendung, man impfe dem Vertretenen bei der stillschweigenden Bevollmächtigung, wenn ein entsprechender Wille in Wahrheit nicht vorhanden sei, einen solchen ein. Das hält man für unmöglich und vielleicht auch unbillig. Was tut man aber statt dessen, man beurteilt die Vorgänge rein äußerlich! Man sagt, überall dort, wo ein Tatbestand vorliege, der den Schein eines Rechts für sich habe, solle dieser Schein bei Veranlassung des Tatbestandes durch eine Person und Gutgläubigkeit einer anderen Person zur Wirklichkeit werden. Auf den ersten Blick hat diese Definition etwas überraschend Klares und Einfaches. Ihr Siegeszug in der neueren Zeit ist wohl darauf zurückzuführen. Es zeigt sich aber bei genauem

---

[1] Ein Satz, den Jung a. a. O. (Ges. R.) S. 579 treffend aufgestellt hat.

[2] Daß er dem Gesetz und insbes. im Gebiete der Willenserklärung nicht unbekannt ist, beweisen die §§ 612, 632, 653, 689, B. G. B. (gilt als stillschw. vereinbart), auch § 39 Z. P. O. bezüglich des stillschw. vereinbarten Gerichtsstandes. Siehe auch Bülow (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 62 S. 41 ff., Fitting Z. Z. P. Bd. 6 S. 279 ff.

Durchdenken, daß dieser Satz nichts als eine Umschreibung der Fiktion darstellt, die Inkonsequenz, die uns vorgeworfen wird, also nicht auf unserer, sondern auf der anderen Seite liegt. Man muß sich darüber klar sein, daß man hier genau dasselbe tut, was wir tun, indem wir ebenfalls zunächst für die Beurteilung äußere Momente entscheidend sein lassen, dann aber — entgegen den anderen — aus soziologischen Gründen in einen Vorgang alles das hineinlegen, was er enthalten muß, um aus dem Verhalten einer Person als dem Verursacher dieses Vorganges erschlossen zu werden. Die Inkonsequenz der anderen geht am klarsten und gerade daraus hervor, daß sie bei der erschlossenen Vertretungsmacht nicht etwa von gesetzlicher Vertretungsmacht reden, also von einer Vertretungsmacht, die unmittelbar auf soziologischer Vorschrift beruht, sondern von einer Vertretungsmacht, die doch „Vollmacht" sein soll, d. h. die aus dem — wenn auch nicht vorhandenen — Willen des Handelnden erklärt werden soll. Sie erklären also letzten Endes die Bevollmächtigung und Vollmacht doch aus der Person des Vertretenen, nur wollen sie dessen ursächliche Bedeutung nicht anerkennen und die Vorgänge in ihn hineinlegen. Man kann aber die Rechtslage bei der „Scheinvollmacht" nicht mit der Rechtslage der §§ 932, 892 B. G. B. etc, auch nicht mit § 407 vergleichen. Der Besitzer einer Sache wird durch die Vermutung des § 1006 und der im Grundbuch Eingetragene durch diejenige des § 891 eben nicht Eigentümer oder der Altgläubiger durch den guten Glauben des Schuldners nicht Gläubiger ⟨§ 407⟩. Und es liegt dabei doch auch ein Schein des Rechts vor, der durch den schlechten Glauben des anderen zerstört werden kann. In unseren Fällen soll aber der als Vertreter Auftretende wirklich Bevollmächtigter werden, man kann also nicht mehr von einem Rechts s ch e i n reden. Andererseits kann man aber gerade in den ersten Fällen — Jung nennt noch die Fälle, daß „ein Nichterbe kraft des Erbscheins wie der wahre Berechtigte verfügt, oder ein durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten Ausgewiesener, aber nicht berechtigter Wechselgläubiger überträgt oder einzieht" — noch von einem Rechtsschein reden, weil die wirkliche Rechtslage noch Wirkungen zeitigt, die sich vor allem in den Ausgleichsansprüchen des § 816, aber auch in den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zeigen.[1] Bei der „scheinbaren" Vollmacht ist die Rechtswirkung mit ihrem Eintritt erschöpft, d. h. liegt diese Vollmacht vor, so wird eben der Vertretene verpflichtet und berechtigt, also etwas nur „Scheinbares" kann nicht bestanden haben. Etwas anderes ist es, daß der Vertretene sich dann evtl. an den Vertreter halten kann, wenn diesen eine unerlaubte Handlung trifft, weil er etwa entgegen den Weisungen und wissend, daß er gegenüber dem Vertretenen unberechtigt war, seine Vollmacht ausgenutzt hat. Zwischen Vertretenem und Dritten aber gibt es keine diesbezüglichen

[1] So Jung ⟨Ges. Recht⟩ S. 665.

Ansprüche mehr. Die Anhänger der Scheinvollmacht bedenken bei ihrer Auslegung nicht die Doppelstellung des Vertreters. Mag er auch gegenüber dem Vertretenen keine Vollmacht besitzen, so kann er sie aber gegenüber dem Dritten besitzen. Dann aber ist seine Macht keine andere, als im ersten Fall. Jung ⟨daselbst⟩ sagt mit Recht, es lasse sich kein Unterschied finden zwischen der Wirkung der Vollmacht — und hier soll derselbe Grundsatz auf den gesamten Vollmachtstatbestand bezogen werden — vor dem Erlöschensgrunde nach § 168 Satz 1, beziehentlich vor dem gemäß § 170, 171 II, 172 II vollzogenen Widerruf und der nach diesem Erlöschen nach der Ausdrucksweise des Gesetzes nur als weiterbestehend geltenden Vollmacht, d. h. der zurückgezogenen, aber nicht wirksam angezeigten, widerrufenen, für kraftlos erklärten usw. Bevollmächtigung. Dabei ist es dann auch gleich, ob es sich um die fortbestehende Vollmacht handelt oder um die entstehende. Die Summe der Ursachen, auf die sich die Vollmacht stützt, sei es die fortbestehende, sei es die entstehende, muß die Bevollmächtigung darstellen, jedoch nicht als Scheinerklärung, sondern als Erklärung des Vertretenen, die mit Rücksicht auf die Empfänger rechtsgeschäftlich, d. h. auf die Vollmacht als Rechtserfolg hinzielend sein muß. Wenn man die Schwierigkeiten, in die die Rechtsscheinstheorie mit der Zeit gekommen ist, in wenigstens kurzen Hinweisen erkennen will, muß man die neueste Abhandlung Oertmanns über sie in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 95 S. 443 ff., durchlesen. Sie stellt ein auffällig unsicheres Suchen nach deren Vorliegen im einzelnen, deren Voraussetzungen dar. Immerhin ist sie bedeutsam dafür, daß nach der Ueberspannung des Begriffs durch Krückmann [1]⟩ und Naendrup [2]⟩ Oertmann sich bemüht, eine Einengung des Begriffs herbeizuführen. Auf das einzelne hier einzugehen, würde zu weit führen. Hinsichtlich der Scheinvollmacht sei nur bemerkt, daß Oertmann ⟨wie oben schon betont⟩ noch zweifelt, ob eine solche in den §§ 171, 172 Absatz I vorliegt, da bei diesen Bestimmungen der gute Glaube des Dritten darauf, daß eine Bevollmächtigung stattgefunden hat, nicht gefordert wird. Eine Entscheidung mag er nicht zu geben, scheint aber durch seinen Hinweis auf diejenigen, die eine gesetzliche Vertretungsmacht annehmen, seine Anhängerschaft für diese zu bekennen, d. h. auf den Rechtsscheingedanken zu verzichten. Dann weiß man aber nicht mehr, wo überhaupt mit Sicherheit ein solcher angenommen werden kann; denn die Mitteilung und die Urkunde stellen gerade typische Fälle dar. H. Meyer hat von seinem Standpunkt aus recht, wenn er in der Anfechtung des § 119 „Geltendmachen des materiellen Rechts gegenüber dem Rechtsschein" erblickt. [3]⟩ Schein ist hier vorhanden, weil die Entstehungsursache der Erklärung

[1]⟩ Ih. Jahrb. Bd. 57 S. 1 ff.

[2]⟩ a. a. O. ⟨Rechtsscheinforsch.⟩ Heft 1—2, Ih. J. Bd. 75 S. 237 ff u. R. G. Prax. Bd. 3 S. 31 ff.

[3]⟩ Publizitätsprinzip S. 97, Rechtsschein des Todes S. 7.

fehlerhaft, zum Teil, d. h. scheinbar vorhanden war. So ist es aber in allen Fällen, wo etwas nur teilweise oder in Wahrheit gar nichts Vorhandenes durch einen bestimmten Tatbestand in Erscheinung tritt. Nach seiner weitgehenden Anerkennung des Rechtsscheingedankens müßte auch Oertmann den Ausführungen Meyers zustimmen. Oertmann behauptet aber, vor der Anfechtung sei das Geschäft nicht nur scheinbar vorhanden gewesen, sondern vollkommen, es sei eben nur vernichtbar. Auch darin steckt etwas Unlogisches. Was ferner für unser Problem von Bedeutung ist, ist die Tatsache, daß Oertmann in dieser Abhandlung seine im Kommentar vertretene Ansicht geändert hat, indem er zu der Mitteilung und öffentlichen Bekanntmachung des § 171 keine Geschäftsfähigkeit mehr fordert. Das ist unverständlich. Soll man einen Geisteskranken, der die Kundgebung in seinem Wahn gemacht hat, als gebunden ansehen! Das widerspräche nicht nur dem Sinn unserer Rechtsordnung, sondern auch jeglichem Gerechtigkeitsgefühl. Es ist etwas anderes, ob man einen Geisteskranken durch Spezifikation Eigentum erwerben läßt, oder ob man ihn Vollmacht begründen läßt. Dort kann er nur etwas erlangen, also keine Schädigung erfahren, für die er infolge seines Zustandes nichts kann, und für den Verlierer ist durch Gewährung von Bereicherungsansprüchen als Ausgleichsansprüchen gesorgt. Hier aber kann er sehr wohl infolge Verpflichtung durch den Vertreter zu Schaden kommen, für den er ebenso nichts kann, zu dessen Beseitigung ihm aber auch das Recht keine Handhabe bieten kann. Hier hat sich Oertmann obendrein von der Ueberspannung des Veranlassungsprinzips leiten lassen, dessen Grenzen zudem, wie in dem vorangehenden Abschnitt hervorgehoben wurde, allzu flüssig sind, und man erkennt, daß weder mit dem Veranlassungsprinzip, noch mit dem Rechtsschein, die ja beide stets als zusamengehörig bezeichnet werden und die Grundpfeiler der gegnerischen Meinung bilden, eine befriedigende Lösung zu gewinnen ist. Die Grundfragen werden doch immer wieder die des R. G. sein: Welche Interessen sind die schutzbedürftigen, die des Vertretenen oder des Dritten; wer soll nach Treu und Glauben zurückstehen? Wir hätten die Frage zu stellen: Wer hat in schuldhafter Unkenntnis über den Erklärungswert eine Erklärung abgegeben, aus der auf eine Bevollmächtigung geschlossen werden konnte und durfte.

Einzig wird man der Theorie des Rechtsscheins bis zum gewissen Grad Anerkennung zollen müssen, wo der Staat im Interesse der Offenkundigkeit von Rechtsverhältnissen öffentliche Register und Bücher angelegt hat, z. B. Grundbuch, Handelsregister, Güterstandsregister, Vereinsregister u. a. Dabei ist aber zu bedenken, daß hier der Schein Rechtswirkung hat ohne Rücksicht darauf, ob er mit der Person, deren Interessen durch diese Wirkung verletzt werden, in irgend einem Zusammenhang steht oder nicht. Das aber ist wahrer Schein des Rechts, wo nicht zwischen veranlaßtem und nicht

veranlaßtem Schein geschieden werden muß. Das ist aber auch nur dort möglich, wo der Staat eingreift und bestimmt, daß die Scheinwirkung rechtserheblich sein soll, und das tut der Staat andererseits und konnte es nur tun, wo der Rechtsverkehr das Vertrauen auf Offenkundigkeit mit Gewalt fordert. Also wird man den äußeren Wert aller anderen rechtlich erheblichen Vorgänge des täglichen Lebens, wenn der Schutz der Umwelt deren Geltung fordert, immer nur aus der Person des Handelnden erklären müssen, und das ist nur dadurch möglich, daß diese Person — übertragen auf unsere Fälle — infolge schuldhaft abgegebener Willenserklärung es sich gefallen lassen muß, daß sie den entsprechenden Willen beigelegt bekommt, außerdem, wenn sie sich noch nicht einmal ihrer Wollenserklärung bewußt ist, auch das entsprechende Bewußtsein. Darin liegt u. a. das juristisch Unbefriedigende der Rechtsscheintheorie, daß sie auf Grund des Rechtsscheins immer nur Wirkungen und alle möglichen Wirkungen erzeugen möchte, ohne zu erklären, was die Vollmacht in ihrem Bestand stützen soll, also auch deren Ursache darzulegen. Es muß einmal ausgesprochen werden, daß sie nichts anderes tut, als diejenige, die Fiktionen annimmt. Es soll bei ihnen der Schein zum Sein werden; das bedeutet aber nichts anderes, als daß das Sein fingiert werden soll. Uns erscheint es außerdem bedenklich, nur eine Wirkung zu fingieren. Man hat das Gefühl, als ob die Wirkung grundlos wäre. Vielmehr muß auch die Ursache fingiert werden, aus der sich dann dieselbe Wirkung ergibt, die bestehen würde, wenn keine Fiktion nötig gewesen wäre. Nicht unerwähnt soll außerdem bleiben, daß das Rechtsscheinprinzip auch eine Umschreibung dessen ist, was früher als Vermutung angesehen wurde; denn wo ein Rechtsschein vorhanden ist, besteht eben eine Vermutung dafür, daß etwas so ist, wie es in Erscheinung tritt. Wenn sie unwiderleglich war, dann blieb sie unerschüttert. Mit dieser Ansicht aber war man tatsächlicher, denn das Erscheinende blieb immer, was es war: nämlich etwas nicht unbedingt Vorhandenes, sondern etwas nur Mögliches. Man hätte also besser anstatt die Rechtsscheintheorie aufzustellen, bei der Vermutung bleiben und weiterhin sagen sollen: widerlegt kann die Vermutung nur werden, wenn die Gegenseite, d. h. derjenige, gegen den sie wirken soll, beweist, daß sie den Tatsachen nicht entspricht, und den Beweis dadurch erbringt, daß sie darlegt, der andere sei schlechtgläubig gewesen. Abgesehen davon daß wir nach obigem eine Vermutung auch hier abgelehnt haben, soll damit zugleich festgestellt sein, daß sie immer noch eher angenommen werden kann als ein Rechtsschein. Das gilt besonders gegenüber Oertmann, der die Annahme einer Vermutung mit den Worten abtun zu müssen glaubt, sie sei ein veralteter Begriff und deshalb unbrauchbar [1]. Wenn Oe. auch den Rechtsschein nur dadurch gegenüber der Vermutung zu

[1] S. 483.

trennen weiß, daß er eine stärkere Wirkung als die Vermutung zeitige, so wird man erst recht wieder auf das Gebiet der unwiderleglichen Vermutung und der Fiktion verwiesen; denn das sind die Bezeichnungen, die man seither für das gebrauchte, was Rechtsschein bedeuten soll.

Wir sehen also, daß wir so nicht vorankommen, und müssen an den Ausgangspunkt zurück, wo wir von Willenserklärungen sprachen. Wir haben erkannt, daß es zwei Arten von Willenserklärungen gibt: erstens diejenige, mit der eine Person unter Billigung des Gesetzes selbst handelt, und zweitens diejenige, mit der sie notgedrungen handeln muß, die ihr aufgedrängt wird. Im letzten Falle wollen viele eine Willenserklärung nicht mehr annehmen. Sie wollen nur dann eine solche annehmen, wenn sie ihre typischen Bestandteile enthält, d. h. wenn sie der zuerst genannten entspricht. Zu deren Vorliegen — sie mag zunächst eine Beurteilung erfahren — bedarf es vor allem einer Erklärung. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Letzteres ist dann der Fall, wenn der Betreffende ein Verhalten an den Tag legt, das zwar als solches entweder rein tatsächlich ist, oder zunächst einen anderen Erfolg erstrebt, als den stillschweigenden, oder überhaupt in einem Nichtstun besteht, bei dem aber der andere ein Hinstreben auf einen bestimmten Rechtserfolg erkennt. Erklärung und Hinstreben auf einen Erfolg sind also objektive Merkmale der Erklärung ersterer Art. Subjektiv kommt hinzu der Wille, mit der Erklärung diesen Rechtserfolg zu erlangen ‹daher ein Werkzeug im Rechtsleben›, der Wille, diese Aeußerungen mit diesem Inhalt, d. h. mit diesem Richtungsstreben, zu machen, endlich der Wille, dem anderen Aeußerung und Richtungsstreben mitzuteilen, welch letzteres allerdings nicht unbedingt vorzuliegen braucht.[1]› Endlich kommt das Bewußtsein hinzu, eine Aeußerung überhaupt zu machen, und das Bewußtsein über den Erklärungswert der Aeußerung, d. h. darüber, daß diese Aeußerung so beschaffen ist, diesen Erfolg herbeizuführen. Das ist die erste Art der Willenserklärung. Man kann sie nach allem auch als: das dem Einzelnen zur Erlangung eines bestimmten Erfolges gegebene Mittel bezeichnen, das mit Rücksicht auf die Ordnung im Gemeinleben die früher an seiner Stelle angewandte körperliche Kraft zu ersetzen bestimmt ist. Im Vordergrund des Geschehens steht der einzelne, im Hintergrund die durch das Gesetz anerkannte Gemeinschaft.

Wie schon oben angedeutet, gibt es aber auch eine andere Art von Willenserklärung. Das ist diejenige, bei der nicht der einzelne im Vordergrund steht und die Gemeinschaft andererseits durch das Gesetz von sich aus nur anerkennt, sondern wo die Gemeinschaft im Vordergrund steht und dem einzelnen aufgibt anzuerkennen, daß sein Verhalten als eine solche gewertet wird. Das sind die Fälle,

[1]› So auch Jung ‹Ges. R.› S. 577.

wo das Verhalten nach den gesamten Umständen als Willenserklärung irgendwelchen Inhalts gedeutet werden muß. Die schwächste von ihnen ist diejenige, die der Aeußernde wieder — und zwar durch Anfechtung — vernichten kann. § 119 B. G. B. bestimmt, daß sie trotz Fehlens einer der oben gegebenen Erfordernisse bis zu ihrer Vernichtung ebenso wie die andere bestehen und wirken soll. Hier setzt der bekannte Streit der Willens- und Erklärungstheorie ein, auf den hier näher einzugehen sich erübrigt, da hier nur zu entscheiden ist, ob es sich bei der noch nicht angefochtenen Willenserklärung und bei der anderen noch zu besprechenden Art einer Willenserklärung um Willenserklärungen im technischen Sinne handelt. Der Streit ist außerdem ein müßiger und dreht sich in der Hauptsache nur darum, was das Gesetz unter einer Willenserklärung versteht. Das aber ist überhaupt nicht einheitlich zu beantworten. Es beweist dies schon der angeführte § 119. Nach ihm soll eine Erklärung, auch wenn sie mangelhaft ist, Geltung haben, bis sie angefochten wird. Solange sie nicht angefochten ist, ist auch sie Willenserklärung, die aus dem Willen des anderen erklärt wird, wobei dieser Wille aus der Erklärung entnommen wird. Wird sie niemals angefochten, so bleibt die Willenserklärung als Willenserklärung in der Form und Art, in der sie uns entgegengetreten ist. Andererseits kann sich der wahre, d. h. freie Wille des Erklärenden durchsetzen dadurch, daß der Betreffende die Anfechtung erklärt. Unter die Willenserklärung des § 119 aber rechnet jedes schlüssige Verhalten einer Person, auch wenn es ohne Kundgebungsbewußtsein an den Tag gelegt ist, soweit es eben als Willenserklärung in Erscheinung getreten ist.[1] Wenn auch die Willenstheoretiker diese Oberhand des Willens über die Erklärung für ihre Theorie zu verwenden suchen, so ist ihnen doch die erste Gültigkeit der Willenserklärung entgegen zu halten. Und wenn sie zur Begründung ihrer Ansicht noch den § 133 B. G. B. heranziehen, wonach „bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist," so muß ihnen entgegen gehalten werden, daß § 133 eben Auslegungsregel ist, die aber nicht Platz zu greifen hat, wenn es gar nicht darauf ankommt, den wirklichen — gemeint ist hier freien — Willen zu erforschen; das aber ist bei einer dritten und ihrer Wirkung nach stärksten Art der Willenserklärung der Fall, worunter die Tatbestände des § 116, 164 II B. G. B. zu rechnen sind. Bei ihnen ist nämlich infolge ausdrücklicher Bestimmung eine Anfechtung, d. h. eine Vernichtung, durch den Erklärenden nicht möglich. Es sind dies die Bestimmungen, — daß noch andere hierunter zu rechnen sind, wird sich sogleich ergeben — bei denen die Gemeinschaft, die Empfänger der Erklärung, mit ihren Interessen

[1] Anders Manigk a. a. O., ebenso wie wir Jung (Ges. R.), S. 567 S. 578/79, Biermann a. a. O.

derart in dem Vordergrund stehen, daß der einzelne den unumstößlichen Wert, der von ihm abgegebenen Erklärung anerkennen muß. Der Grund dafür ist im § 116 die vorsätzlich falsche Herbeiführung einer Erklärung, und im § 164 II die zum wenigsten zurechenbare, meist wohl fahrlässig falsche Herbeiführung einer Erklärung. Das Verhalten des Erklärenden und Vertrauen der Empfänger, die als Vertreter der Gemeinschaftsinteressen auftreten, verlangt, daß hier die Willenserklärung trotz fehlenden freien Willens als Willenserklärung zu gelten hat, weil die Folgen für das Verhalten der Erklärende tragen muß. Und in diesen Fällen soll dem Betreffenden der Wille unumstößlich beigelegt werden.

Die Summe dieser Vorschriften muß aber ausgedehnt werden auf Fälle, wo zwar das Gesetz nicht an eine ausdrückliche Erklärung den Ausschluß der Anfechtbarkeit knüpft, sondern an eine erschlossene oder stillschweigende. Das trifft bei allen den hier besprochenen Fällen des Fortbestehens und Entstehens einer Vertretungsmacht zu. Im § 169 war es der dem Vertreter gegenüber unterlassene, im § 170 der dem Dritten gegenüber unterlassene ausdrückliche Widerruf der Vollmacht. Dies Unterlassen bedeutet für den Dritten eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung durch neue Erklärung. Im § 170/71 war es hinsichtlich des Entstehens der Vollmacht die Kundgabe durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung, in § 172 die Aushändigung und Vorlage einer Vollmachtsurkunde, aus der eine Bevollmächtigung erschlossen werden konnte, und in den §§ 171/72 II waren es hinsichtlich des Fortbestehens der Vollmacht die unterlassene Rücknahme der Kundgebungen, die eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung annehmen ließ. Darin aber, daß der Gesetzgeber sagt, es bestehe die Vollmacht fort trotz Erlöschens, oder es bestehe — ganz allgemein — Vertretungsbefugnis, bringt er zum Ausdruck, daß diese erschlossenen Erklärungen vor allem durch Anfechtung nicht vernichtet werden können. Der Grund, der ihn in diesen Fällen trieb, die Anfechtung auszuschließen, war ebenfalls, wie wir schon gesehen haben, zurechenbares Verhalten des Vertretenen, zurechenbare stillschweigende und erschlossene Abgabe einer Erklärung, außerdem Vertrauen bezw. guter Glaube des Dritten. Derselbe Gedanke liegt den §§ 370, 701 II, 56 etc. zugrunde. Bei ihnen allen liegt in dem Verhalten des Vertretenen die stillschweigend abgegebene Erklärung und, da der Gesetzgeber die Bevollmächtigung unumstößlich annehmen will, zugleich der Ausschluß einer Anfechtbarkeit. Derselbe Gedanke wird nun den über das Gesetz hinausgehenden Fällen zugrunde zu legen sein und es wäre damit erwiesen, daß das R. G. in allen seinen Fällen, wo es von stillschweigender Bevollmächtigung unter Ausschluß der Anfechtbarkeit redet, sich durchaus im Rahmen des Gesetzes hält und sich keiner Inkonsequenz schuldig macht. Und es ist erwiesen, daß in allen unseren anderen Fällen, bei dem Gutsverwalter, der Köchin

etc. eine stillschweigende Weiterbevollmächtigung, in den übrigen Fällen eine stillschweigende Bevollmächtigung angenommen werden konnte, ohne daß deren Vernichtung durch Anfechtung möglich war. Wann es im übrigen der Fall war, haben die vorangehenden Abschnitte dargelegt. [1]

In allen diesen Fällen war kennzeichnend, daß dem Erklärenden neben dem Mangel des Rechtsfolgewillens überhaupt das Bewußtsein über den Erklärungswert seines Verhaltens fehlte, sei es daß er allgemein dessen Wert nicht kannte, sei es daß er überhaupt nicht wußte, daß er eine Erklärung abgab. Das würde viele, worauf bereits oben hingewiesen wurde, hindern, überhaupt noch eine Erklärung als vorliegend anzunehmen. Das hindert uns aber nicht, die wir auch die Willenserklärung anerkennen, bei denen der einzelne völlig in den Hintergrund tritt, da die Interessen des Empfängers die Macht haben, ihn zu verdrängen. Dann kommt es aber nicht mehr darauf an, ob nur der freie Wille des Erklärenden fehlt oder auch sein Bewußtsein von dem Verhalten selbst, sondern nur darauf, wie sein Verhalten in Erscheinung tritt. Wir schließen dann zurück auf Bewußtsein und Willen, dieser Wille aber ist es, der die Vertretungsmacht stützt.

In der Literatur ist nun die rechtssystematische Erklärung des Problems — abgesehen von denen, die das Problem durch die Theorie des Rechtsscheins zu erklären versuchen — wenig befriedigend. Das Fortbestehen der Vollmacht wird meist überhaupt nicht erklärt, das Entstehen so, daß ihr jedes tiefere Eingehen auf das Problematische fehlt. [2] Planck läßt in allen Fällen, wo sich eine stillschweigende Bevollmächtigung aus den Umständen ergibt, die Anfechtung gemäß § 119 durchgreifen. Auch lehnt er überhaupt eine Ausdehnung der

---

[1] Wenn wir dabei besonders das Problem der Anfechtung hervorgehoben haben, so geschah es, um darzulegen, daß der entgegenstehende freie Wille des Vertretenen sich nicht durchzusetzen vermag. Das ist aber auch selbstverständlich, da wir dem Vertretenen erst den entsprechenden Willen beigelegt haben. Vergl. — ebenso wie das R. G. — Warn. § 167 II S. 332, der auch ausdrücklich betont, daß derjenige, der einem anderen die äußere Stellung eines Bevollmächtigten einräume, oder zu dem ihm bekannten Auftreten des anderen als Bevollmächtigten schweige, den Schluß auf eine Bevollmächtigung gegen sich gelten lassen müsse. Das treffe auch zu, wenn der Vertretene das Auftreten des anderen als Bevollmächtigten gar nicht gekannt habe. Vergl. die bei ihm unter Nr. 11 angegebene Entscheidung des R. G. Ebenso R. G. R. K. § 167 Anm. 1, der ausführt, bei stillschweigender Bevollmächtigung komme es weniger darauf an, ob der Vertretene das Verhalten des Vertreters wirklich gekannt und geduldet habe, als vielmehr darauf, ob das Verhalten des Vertreters von dem mit ihm verhandelnden Dritten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden durfte, daß der Vertretene von dem Verhalten des Vertreters Kenntnis haben müsse und es trotzdem dulde. Unter Umständen treffe das auch zu, wenn der Vertretene das Auftreten des Vertreters zwar nicht gekannt habe, aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte kennen müssen. Der Komm. steht demnach mit Ausschl. der Anfechtbarkeit, den man mangels deren bes. Erwähnung als der Ansicht des R. G. entspr. annehmen darf, auf unserm Standpunkt.

[2] Abgesehen von Manigk a. a. O. siehe auch unten u. Jung (Ges. R.) S. 592.

§§ 169–73 auf ähnliche Fälle ab. Daß nicht nur ein rechtstheoretisches Bedürfnis für Ausdehnung der §§ 169–173 und Ausschluß der Anfechtbarkeit besteht, sondern geradezu eine praktische Notwendigkeit, haben obige Darlegungen in Verbindung mit zahlreichen Entscheidungen des R. G. ergeben. Auf demselben Standpunkt wie Planck steht v. Tuhr [1], wenn er ausführt: Wolle man in dem Bestreben, den gutgläubigen Dritten zu schützen, weitergehen und die sogenannte stillschweigende Bevollmächtigung als externe, vom Standpunkt des Dritten aus zu beurteilende Vollmacht behandeln, so verlasse man den Boden des Gesetzes, welches diese Behandlung nur für die bestimmten Fälle der §§ 171/72 vorschreibe, und werde zwar dem Schutzbedürfnis des Dritten gerecht, aber ebenso ungerecht gegen die nicht minder beachtenswerten Interessen dessen, dem man die Wirkungen einer von ihm nicht gewollten Vertretung aufbürde. Wer sich also auf das Bestehen einer stillschweigenden Vollmacht verlasse, statt eine externe Kundgebung der Vollmacht zu verlangen, setze sich der Gefahr aus, daß seine Beurteilung der konkludenten Umstände sich als unrichtig erweise und habe die Folgen seiner Unvorsichtigkeit zu tragen. Es fehlt eben bei diesen Meinungen eine gerechte Interessenabwägung, die uns zu obiger Lösung geführt hat.

Eine Mittelstellung zwischen der Theorie des Rechtsscheins und der stillschweigenden Bevollmächtigung nimmt Regelsberger [2] ein. Er sagt: Durch die Vollmachtserteilung schaffe der Machtgeber, genauer zugesehen, einen zweifachen jur Tatbestand, — eine Willenserklärung und den äußeren Schein, daß die Vollmacht erteilt sei. Nur die Willenserklärung sei der Bestreitung der Rechtsgültigkeit und der Umstoßung durch Anfechtung zugängig, nicht der äußere Tatbestand, der das Vertrauen auf das Dasein der Vollmacht zu begründen vermag; auf Grund dieses äußeren Tatbestands kann also nach R. in unseren Fällen die Vollmacht entstehen und fortbestehen. Die Ansicht R's. stellt einen Notbehelf dar, mit dem man, wenn man die Theorie des Rechtsscheins einerseits und die Anfechtungsmöglichkeit andererseits ablehnt, nichts anzufangen weiß.

Unserer Ansicht am nächsten kommt Hupka [3]. Er führt aus: Sehr häufig habe eine ausdrückliche Bevollmächtigung des Vertreters nicht stattgefunden, und doch sei der Gegner berechtigt, aus dem Verhalten des Vertretenen in Verbindung mit den begleitenden oder gewissen vorhergehenden Umständen auf die Existenz des Vollmachtswillens zu schließen. Daß dieser Schluß ein absolut zwingender sei, könne hier ebensowenig wie anderwärts gefordert werden, vielmehr müsse es genügen, daß das Verhalten des Vertretenen bei vernünftiger und richtiger Beurteilung geeignet erscheint, die Ueberzeugung von seiner Gutheißung des Geschäfts zu begründen.

[1] S. 394, 395.
[2] S. 164 ff.
[3] S. 119 ff.

Treffe das letztere zu, dann könne dem Gegner nicht zu seinem Schaden entgegengesetzt werden, daß sein Schluß ein unrichtiger gewesen, daß trotz des Scheines ein Vollmachtswille in Wahrheit nicht vorhanden gewesen sei. Denn in solchen Fällen läge auf Seiten des Vertretenen immer entweder eine Unredlichkeit oder doch eine Unvorsichtigkeit vor, die nur er selbst, nicht der getäuschte Gegner, zu büßen habe. Der gute Glaube des letzteren verdiene mehr Schutz als der Vertretene, der es schuldhafterweise unterlassen habe, den von ihm selbst erzeugten Schein durch einen rechtzeitig erklärten Vorbehalt zu zerstören. Bis dahin äußert er sich in gleicher Weise wie wir, zum wenigsten was das Schutzbedürfnis und die Interessenabwägung anbelangt. Das Folgende ist allerdings weniger verständlich; er fährt nämlich fort: Habe der Vertretene doloser Weise geschwiegen — wenn der Vollmachtsschein gegen ihn wirke — dann sei die Bestreitung der Konkludenz ganz ausgeschlossen, denn dann läge eine Mentalreservation vor, der eine rechtliche Bedeutung nicht zukomme. Diesen Fall haben wir in diesem Abschnitt als einen selbstverständlichen gar nicht in Erwägung gezogen. Er bietet ja nichts besonderes, da bei § 116 der Erklärende den Erklärungswert seines Verhaltens kennt. Außerdem kann man sich kaum vorstellen, daß jemand, der merkt, daß ein Vollmachtsschein gegen ihn wirkt, dazu doloser Weise schweigt. Dem anderen kann er dadurch nicht schaden, sondern nur sich, denn er wird durch den Vertreter verpflichtet. Er wird also schon das Nötige tun, um dem entgegenzuwirken. Streitig waren vielmehr die Fälle, wo der Vertretene den Erklärungswert seines Verhaltens nicht kannte oder überhaupt nicht wußte, daß er ein Verhalten — und damit eine Erklärung — an den Tag legte, und wo diese Unkenntnis auf „Unredlichkeit und Unvorsichtigkeit", d. h. Verschulden, beruhte, wo also § 116 unmittelbar nicht zur Anwendung kommen konnte. An diese Fälle scheint er nicht gedacht zu haben, wenn er fortfährt: Falle dem Vertretenen dagegen kein dolus zur Last, dann könne er wohl die scheinbare Willensäußerung anfechten, aber keinesfalls zum Schaden des gutgläubigen Gegners (119, 122). Das ist richtig, insoweit er die Fälle meint, bei denen eine Schuld des Vertretenen nicht vorliegt. In den anderen Fällen aber kann sich und braucht sich der gutgläubige Dritte nicht mit dem Vertrauensschaden abspeisen zu lassen.

Auch Rosenberg [1]) redet in diesem Zusammenhang von einer Bevollmächtigung, „stillschweigenden Bevollmächtigung". Er sieht aber in der stillschweigenden Bevollmächtigung keine Willenserklärung — wenn sie nicht die Erfordernisse einer freien Willenserklärung enthält —, sondern einen „rechtsgeschäftsähnlichen Tatbestand", bei dem es auf den Erfolgs- und Erklärungswillen überhaupt nicht ankomme, der infolgedessen auch mit der Anfechtung nichts zu tun

[1]) S. 36 Anm. 1 ff.

habe. Warum das alles der Fall ist, insbesondere wie eine Abgrenzung zwischen der anfechtbaren stillschweigenden Willenserklärung, deren Bestand man nach obigem nicht in Frage stellen kann [1]), und dem rechtsgeschäftsähnlichen Tatbestande möglich ist, hat er nicht ausgesprochen. In Wahrheit ist R. Anhänger der Rechtsscheintheorie, ohne sich dessen bewußt zu sein: dafür spricht auch seine Berufung auf Jsay (S. 39), von dem wir wissen, daß er keine stillschweigende Bevollmächtigung, sondern ein „typisches objektives Moment" kennt, das die Vollmacht unserer Fälle begründet [2])

In der Reihe derer, die ebenfalls hier eine Bevollmächtigung — allerdings ohne Begründung — annehmen, ist noch Rehbein [3]) zu nennen. Er verweist nur auf die §§ 714, 1357 B. G. B. (auch A. L. R. I 14 § 109, wonach „der Verwalter fremder Güter als Bevollmächtigter anzusehen ist, soweit von ihm fremde Geschäfte besorgt werden"), die er auf ähnliche Fälle entsprechend ausdehnen will. Auch Danz [4]) redet von einer Bevollmächtigung als Anhänger rein objektiver Erklärungstheorie. Er schließt indessen nicht wie wir von der Erklärung zurück auf den Willen, wozu man — das beweist die Behandlung des Problems — aber gezwungen ist, da es eine Beziehung zwischen dem Vertretenen, dem Vertreter und dessen Geschäften geben muß. Er läßt auch die Fälle außer acht, wo der Vertretene überhaupt nicht weiß, daß er ein schlüssiges Verhalten an den Tag legt. Das beweist die Erwähnung nur des einen Falles, daß „jemand, wenn ein anderer in seiner Gegenwart für ihn und in seinem Namen ein Geschäft abschließt, schweigt". Zu dessen Entscheidung führt er aus, dieses Verhalten des Betreffenden deute die Verkehrsübung gerade in der konkreten Situation als eine Bevollmächtigungserklärung — hier sprächen die Umstände des Falles —, und es trete die einer solchen Erklärung entsprechende Rechtsfolge ein, ganz gleich ob der Schweigende diese Bedeutung seines Schweigens gekannt habe, also den inneren Willen gehabt habe, dadurch den anderen zu bevollmächtigen, oder nicht; denn eine Kenntnis der Verkehrssitte sei seitens des Erklärenden nicht nötig, um die hier entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen. [5]) Wie wichtig indessen auch die Fälle sind, wo der Vertretene noch nicht einmal weiß, daß er ein „erhebliches" Verhalten an den Tag legt, das haben obige Darlegungen bewiesen.

Auch Manigk erkennt den Begriff der stillschweigenden Bevollmächtigung an und hat erst neuerdings wieder zu unseren Fällen Stellung genommen. [6]) Dort hat er, der im übrigen Anhänger des Willensdogmas ist, ausgesprochen, daß in unseren Fällen der

[1]) Siehe Jung (Ges. R.) § 48, 52, auch Manigk (Anw. Geb.) S. 72.
[2]) S. 239.
[3]) S. 262 Abs. 2.
[4]) a. a. O. Sp. 1277 ff.
[5]) Er verweist dabei auf seine „Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 1906, S. 223 unter a., S. 110 Nr. 5.
[6]) a. a. O. (R. G. Prax.) S. 198.

Wille keine Rolle spiele und spielen dürfe, daß vielmehr reine Erklärungstheorie zu gelten habe. Er spricht aber auch gerade in den hier problematischen Fällen nicht mehr von einer Willenserklärung, da man nach seiner Ansicht dort nicht mehr von einer solchen reden kann, wo es auf den Willen des Betreffenden nicht ankomme, wo also ein nach seiner Ansicht wesentliches Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung fehlt. Wir halten aber auch gerade in unseren Fällen den Willen für erheblich, nur handelt es sich nicht um den freien, sondern den notwendigerweise erschlossenen Willen, den der Betreffende mit Rücksicht auf die überwiegenden Interessen der Gemeinschaft gegen sich gelten lassen muß. M. [1]) redet in diesen Fällen von sogenannten „typisierten Erklärungsakten" und glaubt diese aus dem Gesetz rechtfertigen zu können, das in anderen Fällen (§§ 108, 177, 416 II, 496 B. G. B.) ebenso Handlungen „typisiert" habe. Was ihm Veranlassung gibt, diese Meinung zu vertreten, ist sein Bestreben, ebenfalls wie wir in den fraglichen Fällen eine Anfechtung gemäß § 119 auszuschließen. Um eine Verallgemeinerung dieses von ihm angenommenen Gesetzesstandpunkts erklären zu können, zieht er den § 346 H. G. B. heran und sagt, es könne dann, wenn das Gesetz typische Erklärungsakte normieren könne, dasselbe auch die Verkehrssitte tun. Das ist m. E. nicht die Lösung des Gesetzes. Wo das Gesetz selbst bestimmte Handlungen typisiert, will es vielmehr der in dieser Handlung verkörperten – objektiv zu erforschenden — Erklärung zu wirklich willenserklärender Kraft verhelfen und es entledigt sich dieser Pflicht, indem es diese Erklärung zu einer — wenn auch notwendigen – Willenserklärung bildet. Der Ausschluß der Anfechtbarkeit ist dann aber logische Folge. Deshalb brauchen andere typischen Erklärungen einer Anfechtung nicht verschlossen zu sein. Dazu gehören u. a. die §§ 625, 658, 496, 516 II Satz 1 B. G. B, bei denen der vertrauende Dritte aber durch den § 122 einen Schutz seiner Interessen findet. Daß hierbei der Erklärende seine Erklärung durch Anfechtung vernichten kann, findet darin seinen Grund, daß der Gutglaubensschutz nicht allein die Lage beherrscht und gebietet. Es ist auch nicht richtig, wenn M. zur Verallgemeinerung des von ihm gefundenen Gesetzesstandpunkts den § 346 heranzieht, woraus er auch den Ausschluß der Anfechtbarkeit entnehmen will. Diese Bestimmung kann nur bei der Auslegung eines Verhaltens von Bedeutung sein, nicht aber ihrerseits eine Bestimmung darüber treffen, daß die Auslegung eine so durchgreifende sein müsse, daß der Wille des Handelnden, wenn er mit dem Erklärungswert seines Verhaltens nicht im Einklang steht, sich mit Hilfe des § 119 nicht durchzusetzen vermöge. Es gilt eben hier dasselbe wie bei § 133 B. G. B., wenn ihn die Anhänger der Willenstheorie zur Begründung ihrer Ansicht heranziehen wollen.

[1]) Siehe auch „Irrt. u. Ausl." S. 146 ff., 155 ff., 274.

Wenn wir davon ausgegangen sind, daß es eine Willenserklärung gibt, die dem Einzelnen als Werkzeug im Rechtsleben dient, und eine andere, die das Rechtsleben, d. h. das Leben der Gemeinschaft, in das Verhalten einer Person hineinlegt, weil Gemeinschaftsinteresse Einzelinteresse überwand, so wird man verstehen, daß letztere Willenserklärung die Wirkungen der ersteren, wenn sie als freiwillige zurückgenommen war, aufrecht erhalten, demnach eine Vollmacht trotz Erlöschens fortbestehen konnte. Das ganze Problem war beherrscht von dem Widerstreit der Einzel- und Gemeinschaftsinteressen und diese stoßen deshalb in unseren Fällen so hart aufeinander, weil der Vertreter eine Stellung einnimmt, die wir als Doppelstellung bezeichnet haben, und die sich auf der einen Seite gegen den einzelnen ‹Vertretenen›, auf der anderen Seite gegen die Gemeinschaft ‹die Summe der gutgläubigen Dritten› richtet. Man kann es aber verstehen, daß der einzelne zurückstehen muß, wo die Gemeinschaft zu schützen ist, daß also trotz Erlöschens eines freiwillig erklärten Willens die Vollmacht auf Grund notwendig erschlossenen Willens fortbestehen muß.

Lebenslauf.

Am 27. September 1905 wurde ich als Sohn des Studienrats Professor Karl Gonnermann und seiner Ehefrau Helene geb. Wackerbarth in Kassel geboren. Nach dreijähriger Vorschulzeit besuchte ich das Staatliche Wilhelmsgymnasium zu Kassel, dem ich vom Frühjahr 1915 bis zur Reifeprüfung im Frühjahr 1924 angehörte. Anschließend unterzog ich mich in Kassel einer kaufmännischen Lehrzeit, nach deren Abschluß ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zuwandte. Ich studierte an den Universitäten Marburg a/Lahn 6 Semester und Göttingen 2 Semester. Am 7. Mai 1930 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und befinde mich seitdem im preußischen Ausbildungsdienst.

Am 20. Juni 1931 bestand ich vor der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg/Lahn die Doktorprüfung mit dem Prädikat: cum laude.